شرح الزيادات

للإمام محمد بن الحسن الشيباني ١٣٢هـ-١٨٩هـ

تأليف

الإمام الفقيه فخر الدين حسن بن منصور بن محمود الأوزجندي الفرغاني
المعروف بقاضي خان المتوفى ٥٩٢هـ

تحقيق وتعليق

دكتور قاسم أشرف نور أحمد

الأستاذ محمد تقي العثماني   الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي

المجلد الأول

المقدمة - القسم الدراسي - الطهارة - الصلاة - الزكاة - الأيمان

دار إحياء التراث العربي
بيروت - لبنان

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الاولى

١٤٢٦ هـ ـ ٢٠٠٥ م

DAR EHIA AL-TOURATH AL-ARABI
Publishing & Distributing

دار إحياء التراث العربي
للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف ٥٤٠٠٠٠ - ٥٤٤٤٤٠ فاكس ٨٥٠٧١٧ - ص.ب.١١/٧٩٥٧

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel: 540000 - 544440 Fax: 850717 P.O.box 7957/11
E-mail: darcta@cyberia.net.lb

شرح الزيادات

تقريظ

العلامة المحدث الفقيه القاضي الشيخ محمد تقي العثماني حفظه الله

نائب رئيس مجمع الفقه الإسلامي بجدة

ونائب رئيس جامعة دارالعلوم كراتشي وشيخ الحديث بها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الكريم، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى كل من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإن الكتب الستة للإمام محمد بن الحسن الشيبانىّ رحمه الله تعالى أساس للمذهب الحنفىّ عوّل عليه فقهاء الحنفية فى كل عصر ومصر إجماعًا منهم على أنه المصدر الموثوق لمعرفة المذهب، وأن ما جاء فيه يسمّى "ظاهر الرواية" ولفوق رتبة على ما جاء فى الكتب الأخرى المنسوبة إلى الإمام محمّد أو غيره من أئمة المذهب الحنفىّ. ومن هُنا تناول الفقهاء الحنفية هذه الكتب دراسة وشرحًا، وتفريعًا وتأصيلا، حتى صارت شروحها مصدرًا لكلّ من قام بتدوين المذهب وتأليفه.

ومن المؤسف جدًّا، أنّ هذه الكتب الستّة وشروحها الضافية افتقد اليوم معظمها فلا يوجد منها إلا الجامع الصغير والجامع الكبير وأبواب من المبسوط الذى يسمّى الأصل. وأمّا من الشروح الكبيرة فلا يوجد إلا شرح السير الكبير للسرخسى رحمه الله تعالى، والشروح الباقية لا يوجد منها إلا نسخ يسيرة خطية فى بعض المكتبات.

وإن كتاب "الزيادات" من أهمّ الكتب الستّة التى تسمّى ظاهر الرواية ألّفه الإمام محمد رحمه الله تعالى بعد "الجامع الكبير" وجمع فيه المسائل التى فاتته فيه، ومن ثمّ سماها "الزيادات" لكون مسائلها زائدة على "الجامع الكبير". ولكن لا يوجد منه ولو نسخة واحدة حتى فى المكتبات التى عُنيت بالحفاظ على تراثنا العتيق. ومن أهمّ شروح هذا الكتاب "شرح الزيادات" "للقاضى خان رحمه الله تعالى، وإنّ اسم "القاضى خان" رحمه الله تعالى يُغنينا عن التنويه بأهمية هذا الكتاب، فإنه معروف فى الفقهاء الحنفية

بتمكنه فى الفقه، وتضلعه فى المذهب، وكون فتاواه مصدرًا موثوقًا لفروع الحنفية. وبما أنه رحمه الله تعالى سلك فى شرح الزيادات مسلك التأصيل، حيث بدأ فى كل باب ببيان القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بذلك الباب، ثم فرّع عليها الأمثلة والتفاريع، فإنه مفيد للغاية لدارسى الفقه الحنفيّ.

وإن هذا الكتاب، على أهميته، لم يزل كنزًا مخبوءًا فى صورة نسخ خطيّة فى بعض المكتبات، لم يتوجّه أحدٌ إلى تحقيقه وإخراجه إلى أن وفّق الله سبحانه وتعالى ابن أختى الفاضل الدكتور الشيخ قاسم أشرف، حفظه الله تعالى، فاختار تحقيق هذا الكتاب والعمل عليه موضوعًا لرسالة الدكتوراه فى كلية الشريعة لجامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض. ونظرًا إلى ضخامة الكتاب، كان بإمكانه أن يختار جزءا من الكتاب لتسجيله كرسالة الدكتوراه، ولكنه، حفظه الله تعالى، كان يرغب فى خدمة العلم والفقه أكثر مما يرغب فى الحصول على شهادة الدكتوراه فأثار همّته لخدمة الكتاب كلّه، حتى أنجز هذا العمل الجليل مشكورًا، على الرغم من العقبات الكؤودة فى هذا السبيل، التى بيّنها فى مقدمته، ولم تفتر همّته عن الرحلة إلى بعض البلاد الإسلامية التى رجا من مكتباتها أن يحصل على شىء يُعينه فى إخراج الكتاب بشكل مقبول.

ولم يألُ المحقّق جهدًا فى تحقيق الكتاب ومقارنة مخطوطاته، وتصحيح عباراته، وشرح العويص منها، والتعليق على ما يحتاج إلى التعليق، وتنقيح مسائل الكتاب بمساعدة كتب المذهب الأخرى، وإنّ جُهده هذا يتجلّى فى كل صفحة من صفحات هذا الكتاب الذى يقدّمه الآن بين أيدى أهل العلم بما تُقرّ الأعين وتبهج الصدور.

ولا أطيل فى التعريف بالكتاب والثناء عليه، فإنه الآن بمتناول القارئ الكريم، والطِيب يُعرف بنفحاته غنيًا عن إطراء المادحين، وثناء المعرّفين.

وأدعو الله سبحانه وتعالى أن يبارك فى عمر المحقّق وعلمه وعمله، ويوفّقه لأضعاف أمثاله بصدق وإخلاص، ويجعل عمله هذا ثقلا فى حسناته، ويتوجّه بالقبول فى جنابه، وينفع به طلاب العلم فى كل زمان ومكان. إنه تبارك وتعالى على كل شىء قدير، وبالإجابة جدير.

محمد تقى العثمانى

دارالعلوم كراتشى ١٤

ليلة الجمعة ١٧/ جمادى الأولى سنة ١٤٢١هـ

تقريظ

العلامة الفقيه الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي حفظه الله

عضو مجمع الفقه الإسلامي بجدة

ورئيس قسم الفقه الإسلامي بجامعة دمشق - كلية الشريعة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه

وبعد:

فمما لا شك فيه أنه لولا الإمام محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله، وقيامه بتصنيف وجَمع فقهِ الإمام أبي حنيفة رحمه الله، لضاعَ الفقه الحنفي، وضياعه خسارة كبرى للثروة الفقهية الأصيلة، فكان من تقدير الله وإحسانه وفضله أن قيّض الله تعالى للأمة الإمام ابن الحسن، الشامي الأصل.

ويعدّ كتاب "الزيادات" أحد الكتب الستة المعروفة بكتب ظاهر الرواية، أي الراجحة النقل، والثابتة النسبة للإمام محمد.

وتُوّج هذا الكتاب بالشرح النفيس والأصل للعلامة الحجة قاضى خان الذى نثَر دُررَه، وأحاط بمدلولات ومعاني هذا الكتاب، فتحقق الخير، واكتملت المعرفة بالشرح والمتن، مع التعليق وإبراز الفروق الفقهية، والاستدلال بالقواعد الفقهية، والتي أحسن المحقّق جمعَها وتصنيفها حتى بلغت (١٠٤٥) قاعدة فقهية، وهذا وحده استقراء وتتبع يانع، بالإضافة لفهارس علمية كثيرة أخرى.

والذي يلاحظ الإنسان على كتب ظاهر الرواية أنها انتقالا من الأصل أو

المبسوط، ومرورًا بالجامعين الصغير والكبير وبكتابي السير الصغير والكبير وتتويجها بالزيادات، تتناسب مع المبدأ والتحصيل العلمي الطبيعي في تلقي العلم شيئًا فشيئًا.

وسجّلت هذه الكتب هذه الظاهرة، بحسب ما تلقّاه الإمام محمد عن أستاذه أبي حنيفة، فدوّنه وأفرغته ذاكرته بدءًا من المعلومات الأولية، ثم الموسوعية.

والذي يسعد بحق أن هيّأ الله تعالى الأخ الفاضل السيد قاسم أشرف ليكون نشره لكتاب "شرح الزيادات" خاتمة لنشر كتب ظاهر الرواية المخطوطة تباعًا، حتى تعمّ الفائدة، وتكتمل المعارف الفقهية وعمله فى تحقيق هذا الكتاب وفّى الغاية، وحقّق الأمل، وأجاد وأحسن فى كل ما قام به من جهود مضنية، كان الصبر يحليها، والعلم والإتقان يجلّيها، والحب والإكبار للفقه يزيدها طلاوة وسعة، كما هو واضح فى منهج التحقيق الذى أشار إليه فى مقدمته الضافية، وتميّزت بالسعة والشمول، وبالأمانة العلمية الواضحة، وفّقه الله وأحسن إليه، وجعل جهده العلمي الطيب زيادة في حسناته، وسببًا لشهرته، وتثقيلا لميزان صفحته وعمله المبرور، فهو سليل العلم والفضل عن أبيه وأسرته فى الباكستان.

والله يهدي من يشاء إلى صراط مستقيم.

أ-د: وهبة الزحيلى

رئيس قسم الفقه الإسلامى ومذاهبه

بجامعة دمشق - كلية الشريعة

٨/ ١٠/ ١٩٩٨م

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين القا ئل في كتابه العزيز: ﴿ومَا كانَ المومنُونَ لينفِرُوا كافّة فَلولا نَفَرَ مِن كُلّ فرقةٍ منهُم طائفة ليتَفقّهُوا في الدين﴾[1]، والصلاة والسلام الأتمان الأكملان على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين القائل «مَن يُرد الله به خيرا يُفَقّهه في الدين»[2]. ورضي الله تعالى عن صحابته وآله أجمعين، ومَن تبعهم بإحسان و سارعلى هَدْيهم وسَنَنهم إلى يوم الدين.

وبعد: فلقد كان الفقه الاسلامي من أهم الأسس والعوامل التي ساهمت في بناء الأمة الإسلامية، وتكوين حضارتها، لأنه فقه يقوم على العدالة، ويشرع الحقوق، ويصونها، ويكفل للإنسان السعادة في الدارين، ويحقق مصالحه في كل زمان ومكان ويرسم له النهج القويم في جميع مجالات حياته.

ومن هنا، ترى الفقه الإسلامي هو الأساس الذي تستند إليه الدولة الاسلامية وتستمدّ منه دستورها وأصولها.

وكان الفقه الإسلامي يمثّل في بداية التشريع مجموعة من الأحكام والفتاوى صدرت عن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ في مناسبات كثيرة متجلّية في جانبي الإفتاء والقضاء.

ثم بدأت دائرة الفقه تتسع تدريجيا بعد وفاته ـ صلى الله عليه وسلم ـ كما يبدو من فتاوى الصحابة رضي الله عنهم واستنباطاتهم فيما استجدّ من الحوادث، وما نزل بهم من

---

(١) سورة التوبة: ١٢٢.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب العلم، باب من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين، الحديث ٧١، ومسلم في صحيحه الحديث ٢٣٨٩، وأحمد في مسنده ١/ ٣٠٦، ٤/ ٩٢.

وقائع ونوازل، وكانوا يعتمدون في كل ذلك على كتاب الله تعالى ويستهدون بهدي النبي صلى الله عليه وسلم وفتاويه التي حفظوها عنه.

ثم جاء دور التابعين، فازدهر الفقه بمزيد من الأحكام والفتاوى التي صدرت عن تلاميذ الصحابة من التا بعين، وازداد نشاطا في دور الفقهاء والأئمة المجتهدين، وتوسّعت دائرة الفقه والاحتهاد في ضوء الكتاب والسنة، وتشعّبت الفروع بشكل مدهش سدا لمتطلبات العصر.

وإن من سِمات الشريعة الإسلامية أن الله تعالى تكفّل بحفظها، ومِن حِفظِه لها أنه جعل العلماءَ ورثَةَ الأنبياء الذين لم يرثوا دينارا ولا درهما، وإنما ورثوا العلم، وجعل التفقّهَ في أمور الدين خيرا وأعظم قُربة. ولقد أدرك سلفنا الصالح هذا الفضل العظيم فشعروا بالمسئولية، ونذروا أنفسهم وأوقاتهم وكافة وسائلهم في سبيل العلم والتعلم، وحرصوا على حفظ علوم الدين بأساليب ونظم شتى من القضاء والإفتاء، والكتابة والإملاء، والتسجيل والتدوين، حتى تكوّنت للأمّة الإسلامية ثروة علميّة هائلة في كافّة مجالات علوم الدين.

و طالب العلم إذا أجال بصرَه فيما خلفه الأوائل من هذه الكنوز العلمية الضخمة، التي لا تزال حبيسة في خزائن المخطوطات، دون أن يستفاد منها، أدرك عظم المسئولية الملقاة على عاتقه، فجدير بكل طالب علم أن يطّلع على هذا التراث العظيم المتمثل في ذلك الكمّ الهائل، ليرى قدر جهد المبذول فيها مع عدم توفر إمكانات الطباعة وقلة الوسائل في تلك العصور؛ لكي يحسّ بأهمية إبراز هذه الكنوز الدفينة إلى حيّز الوجود بعد إخراجها من الأدراج التي يعلوها الغبار وقاية من التلف و التآكل.

هكذا ترى أعظم ثروة علمية تناقلتهاالشفاه، وتوارثتها الأجيال، وسجّلتها الأقلام في الاسلام هي الثروة الفقهية، لانها تشكّل منهاجا يهيمن علي أفعال المكلفين، ويبيّن ما يتحتّم عليهم من دقيق وجليل.

وإن تحقيق كتب التراث - مع ما فيه من العناء - عمل ممتع ومفيد، مفيد للباحث نفسه حيث يساعد على تنمية قدراته العلمية، ويزيد في حصيلته الفقهية ويعوّده على ضبط

عبارات الفقهاء وفهم مسالكهم في الاستنباط وتأسيس القواعد الفقهية، ومفيد لأهل العلم عموماً وطلاب العلم خصوصاً ليستفيدوا من ذلك النتاج الفكري الشامخ الذي خلفه أسلافهم الأوائل الذين طوّروا الفكر الإنساني، وشيّدوا حضارة رائدة، لا يمكن أن تصل إليها أيّ حضارة إنسانية أخرى، ومفيد للفنّ الذي يتطرق إليه الكتاب المراد تحقيقه، وخاصةً إذا كان هذا الكتاب لمن له باع طويل وملكة راسخة في ذلك الفن.

كما أن التواني والتساهل في أداء هذا الواجب يجعل هذه الذخيرة العلمية عرضة لمزيد من التلف والضياع، ويحرم الأمة من ثمراتها وتلك الأفكار العلمية الثمينة والاجتهادات الشرعية، كما تلف عمل كثير من جهابذة الفقهاء.

ومما لاشك فيه أن طلبَ العلمِ الشرعي ونشرَه من أفضل القربات ومن خير ما صُرفت له الجهودُ والأوقات، ولقد منّ اللهُ علي بفضله وهداني بتوفيقه فسلكتُ طريق طلب العلم الشرعي، وعزمتُ على أن أتابع التحصيلَ العلمي، حتى وقع اختياري من بين هذا التراث الغالي على تحقيق كتاب «شرح الزيادات» للإمام قاضي خان، حيث تقدمت به إلى كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض لتسجيل رسالةِ الدكتوراه في الفقه الإسلامي، فتمّت الموافقة بعنوان: "دراسة وتحقيق «شرح الزيادات» للإمام قاضي خان البخاري" المتوفى سنةَ اثنتين وتسعين وخمسٍ مائة الهجرية.

وهذا الكتاب يمثّل عملا متميزا مبتكرا بحيث نهج فيه المؤلف على منهج التأصيل، كما أنه إكمال لمصادر المذهب الأوليـــة، فإن «الزيادات» للإمام محمد بن الحسن الشيباني -رحمه الله تعالى- من كتب ظاهر الرواية، أحد المراجع الأساسية المعول عليها في المذهـب الحنفي، ولكن رغم أهميتـه ومكانتـه وحـاجة العلماء والفقهاء والقضاة إليه، لم يحظ المتن والشرح بالعناية طباعة وتحقيقا، بل كان وما زال مخطوطا، بل إنه من الصعب العسير أن نطّلع على مسائل «الزيادات» لعدم وجود مخطوطات المتن مستقلة إلا ما تضمّن به شرحه[1]، كما وصل إلينا «السير الكبير» للشيباني متمثلا في «شرح السير الكبير» للسرخسي.

---

(١) انظر الفصل الثالث من القسم الدراسي.

وأضِف إلى ذلك كله أن الإمام محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله (١٣٢هـ - ١٨٩هـ) له مكانة عظيمة بين الفقهاء المجتهدين، وله آراء ذات قيمة فقهية، واجتمع فيه مالم يجتمع لغيره من أصحاب أبي حنيفة، من خصائص فقه العراق وفقه الحجاز وفقه الشام فقد تلقّى فقه العراق عن شيخيه أبي حنيفة و أبي يوسف، وتلقى فقه الحجاز عن شيخ المدينة الإمام مالك، و تلقّى فقه الشام عن شيخ الشام الإمام الأوزاعي، ثم تولى القضاء الذي أفاده علما وتجربة، وقرّب فقهه من الناحية العملية الواقعية، وأثر عن الإمام الشافعي رحمه الله ثناءٌ بالغ في حق شيخه محمدِ الشيباني، مدوّنٌ في كتب التاريخ، وحكى المورخ الشهير ابنُ العِمَاد الحنبلي قولَ الإمام الشافعي: «لوأنصَف الناس الفقهاءَ لَعَلموا أنهم لم يَروا مثلَ محمد بن الحسن، وما جالستُ فقيها قطُّ أفقَهَ من محمد، ولا فتق لساني بالفقه مثلَه، لقد كان يُحسن من الفقه وأسبابه شيئا يَعجِز عنه الأكابر» وقال أيضا: «ما رأيت رجلا أعلم بالحلال والحرام والعلل والناسخ والمنسوخ من محمد بن الحسن»[1].

وكتب "ظاهر الرواية" التي رويت عن الإمام محمد رحمه الله برواية الثقات، هي: المبسوط والجامع الصغير والجامع الكبير والسير الصغير والسير الكبير والزيادات، وهي عماد النقل والمرجع الأساسي في الفقه الحنفي، ولذلك عُني بها الفقهاء من القديم، وشرح هذه الكتب عدد كبير من الأئمة والفقهاء في عصور متلاحقة، فشرحوها وخرّجوا مسائلها وأصّلوا أصولها وفرّعوا عليها، منهم الإمام الطحاوي والكرخي والجصاص الرازي وأبوالليث السمرقندي والسرخسي والبزدوي وصدر الشهيد ابن مازه وعلاء الدين السمرقندي وفخر الدين قاضي خان والحَصيري وشمس الأئمة الكردري وغيرهم، ولم تزل تلك الشروح محفوظة في خزانات العالم.

وقد نشرت كتب ظاهر الرواية كلها، كاملة أو ناقصة، محققة أو غير محققة، إلا «الزيادات»، فإنه لايزال مخطوطا مخفيا في خزانات العالم، بعيدا عن متناول أهل العلم، وسبب تأليفه أن الإمام محمدا رحمه الله لما فرغ من تأليف «الجامع الكبير» تذكّر فروعا آخر لم يذكرها فيه، فصنّف كتابا آخر ليذكر فيه تلك الفروع، وسمّاه «الزيادات»، ثم تذكّر

---

(١) «شذرات الذهب» ٢/ ٣٢٣.

فروعا أخرى، فصنّف كتابا آخر وسمّاه «زيادات الزيادات».

تبين بذلك أن «الزيادات» يُعدّ بمثابة تكملة «الجامع الكبير»، و«الجامع الكبير» من أهمّ مصنفات الإمام محمد وأعمقها وأدقها فقها، لاحتوائه على مسائل عَويصة وفروق فقهية دقيقة وعلل خفية، وروى ابن أبي العوام بسنده عن الأخفش ثناء بالغا في حق هذا الكتاب[1] الذي يعدّ معيارا لدى الفقهاء يختبر به تفاوت مداركهم ومبلغ يقظتهم في الفقه.

وكتاب الزيادات الذي ألّفه بعد الجامع الكبير استدراكا لما فاته، يُعدّ من أبدع كتب الإمام محمد، مروي عنه بطريق الشهرة، وعني كثير من الفقهاء بشرحه عناية كاملة، منهم الإمام السرخسي، وبرهان الدين ابن مازه والإمام العتّابي، والإمام قاضي خان وشمس الأئمة الكَردري وغيرهم، إلا أننا لانجد الآن في خزائن مخطوطات العالم سِوى شرح العتابي وشرح قاضي خان.

والإمام فخر الدين قاضي خان أحد الأعلام المجتهدين البارزين، له مكانة سامية بين الفقهاء الحنفية حيث يُعدّ من "طبقة المجتهدين في المسائل"، وكبار الفقهاء المتأخرين من ابن الهمام وابن نجيم والزيلعي والحصكفي وابن عابدين كلهم يعتمدون على تصحيحه وترجيحه. وفتاواه الشهيرة نالت أسمى مكانة في الإفتاء، وتداولتها أيدي الفقهاء في كل زمان ومكان.

ويعتبر «شرح الزيادات» لقاضي خان أقوم وأنفس شرح للكتاب، والمزية الجلية المنفردة التي يتحلّى بها هذا الكتاب وتزيد قيمتَه العلمية هي أن الإمام قاضي خان سلَك فيه على "مسلك التأصيل"، ويراد به الاعتناء بتمهيد الأصول من القواعد العامّة والضوابط الفقهية أوّلا ثم التفريع عليها ثانيا، حيث التزم في مستهلّ الأبواب من بداية الكتاب إلى نهايته، بوضع تمهيد يشتمل على بيان القواعد والضوابط الفقهية التي تنبني عليها الفروع التي ذكرها الإمام محمد في الباب، وبذلك تسهل معرفة وجوه التفريعات.

ولاشك أن هذا المسلك - أي "مسلك التأصيل" - يقرّب المسائل إلى الأذهان وينمّي عقلية الباحث ويروض فكره، ويربّي ملكته الفقهية المؤهلة للاستدلال والترجيح، القادرة

---

(١) انظر مقدمة «الجامع الكبير» ص ٢ للأستاذ أبي الوفاء الأفغاني.

على تفريع المسائل من القواعد العامة.

يقول الاستاذ الدكتور علي أحمد الندوي في كتابه "القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير في شرح الجامع الكبير "للإمام الحصيري تلميذ قاضي خان:

"عرف الإمام قاضي خان بمكانته المرموقة عند الحنفية وبفتاواه الشهيرة بالفتاوى الخانية كما تقدم، ولكنك تجد جهوده في جانب التأصيل مغمورة إلى الآن، وذلك يرجع إلى عدم ظهور كتابه «شرح الزيادات»، فإنه يمثل ظاهرة تقعيد الأصول ثم التفريع عليها خيرَ تمثيل، ويضع لبنة جديدة في هذا المجال، رغم وجود محاولات سابقة أخرى، بما يتميز من الدقة والثقة والإحكام"[1].

فهو كتاب فقه وتفقيه، وحافل بالنفائس ومتميز بخصائص علمية، ويضمّ كمّا هائلا من القواعد والضوابط الفقهية، و منها مالايتوافر في كتب القواعد المتداولة، ولا شك أن هذه القواعد ثروة ثمينة للتراث الفقهي، والكتاب حقيق بأن يعدّ مصدرا هامّا في مجال علم القواعد.

أهمّية وأسباب تحقيق هذا الكتاب باختصار:

ولقد دعاني لتحقيق هذا الكتاب الجليل أسباب عديدة، أهمها مايلي:

١ - خدمة الفقه الإسلامي وطلابه بإحياء كتب الفقهاء السابقين للاستفادة من علمهم وجهودهم، فإن تحقيق كتب فقهية يساعد على تنمية قُدرات الباحث العلمية، ويزيد في حصيلته الفقهية، ويعوّده على ضبط عبارات الفقهاء وفهم مسالكهم في الاستنباط.

١ - إنه إكمال كتب ظاهر الرواية، المرجع الأول والمصدر الأساسي للفقه الحنفي الذي لا يمكن الغناء عنه، فإخراجه إتمام لمصادر المذهب الأولية.

٢ - إحياء المتن والشرح مع التحقيق والدراسة، فكلا هما مخطوط لم يتيسر الوصول إليهما.

٣ - علوّ منزلة الكتاب الفقهية فإنه كتاب ثاني يظهر من شروح كتب "ظاهر الرواية" بعد «شرح السير الكبير» للسرخسي.

---

(١) «القواعد والضوابط» ص١٧٠ .

٤- إبراز مصدر معتمد للقواعد الفقهية واستخلاص القواعد والضوابط منه.

٥- إبراز جهود الإمام قاضي خان الفقهية ومنهجه العلمي، فلم تُدرس حياته ومآثره حسب علمي، إصالة أوتبعاً إلى الآن.

٦- ثاني كتاب يظهر من مؤلفات الإمام قاضي خان بعد فتاواه الشهيرة، لأن «فتاوى قاضي خان» هو الكتاب الوحيد المتناول بين أيدينا من مؤلفاته.

٧- إحياء كتاب نادر من الكتب المعدودة المؤلفة على طراز "مسلك التأصيل"، ولعلّه أول كتاب من هذا الطراز المتميز يخرج إلى النور بعد التحقيق.

تبين بذلك أن الكتاب نموذج رائع للتراث الفقهي الأصيل، وجدير بالتحقيق والدراسة، وإحياء هذا الكتاب ونشره بتحقيق علمي يُسهم إسهاما ملحوظا في مجال الفقه الإسلامي.

الصعوبات التي واجهتها في إعداد الرسالة:

لقد واجهتُ في إعداد هذه الرسالة بعض الصعوبات والعقبات، وكان من أبرزها:

أولا: حجم الرسالة: تحقيق هذا المخطوط وفق المنهج العلمي، كان يستدعي جهدا علميا طويلا مضنيا[1] بحيث يمكن أن يشترك فيه أكثر من واحد، وذلك نظرا إلى ضخامته وكثرة صفحاته (٥٥٥ لوحة - ١١١٠ صفحة)، ولدقّة مسائله وجَمعِه بين القواعد والفروع، إلا أن رغبتي في إحياء هذا الكتاب القيّم حدَت بي إلى أن أقوم بهذا العمل لكي لايظل التحقيق مبتورا، فشمّرت عن ساعد الجد متوكلا على الله تعالى، فسجّلت تحقيق الكتاب كله.

ثانيا: عدم الحصول على نسخة «الزيادات»:

---

(١) التحقيق أمر دقيق يحتاج إلى كثير من الجهد والعناية، ولقد عبّر الجاحظ في كتابه «الحيوان» عن صعوبة إعادة النص، إذ يرى أن مشقّة الكتابة الجديدة أيسر وأسهل من التصحيح والتنقيح، فقال: «لربما أراد مؤلف أن يصحّح تصحيحا أو كلمةً ساقطة فيكون إنشاء عشر ورقات مِن حرّ اللفظ وشريف المعاني أيسر عليه من إتمام ذلك النص، حتى يردّه إلى موضعه من اتصال الكلام». «كتاب الحيوان» للجاحظ ص١/ ٩٧.

بذلتُ الجهد الممكن في جَمع نُسخ هذا المخطوط وتصويره من أماكن مختلفة، ولقد اعتمدت في تحقيق هذا الكتاب على خمس نسخ خطّيّة، والنسخة التي جعلتها أصلا معتمدا عليه تقع في مجلدين، في ٥٥٥ لوحة = ١١١٠ صفحة. ومما لا شك فيه أن ذاك العمل وكتابة النص للكتاب كله وفق المنهج العلمي، والمقارنة بين النسخ استغرقت مدةً طويلة، وكان من العراقيل في سير العمل أنني لم أتمكّن من الحصول على نسخة المتن: «الزيادات»، رغم محاولات عديدة ورحلات علمية، ومن الملاحظ أن عبارة المتن ممزوجة ومختلطة مع الشرح في جميع النسخ الموجودة.

ثالثا: نسَختُ المخطوط أوّلا وفق المنهج العلمي، ثم قابلتُه على أربع نسخ مختارة، وأثبتت الفروق في الهامش، ثم تكرّرت عملية المقارنة وإثبات النص المختار عندما عثرتُ بعد سنتين من العمل على أقدم نسخة قيّمة عريقة، نُسِخت في بخارى من أصل المصنف رحمه الله، وفي حياته. وقد ظفرتُ بها أثناء رحلة علمية إلى استنبول، قمت بها بعد أن وافقت عليها الجامعة مشكورة، فجعلتها أصلا معتمدا عليه، وعدّلت النص المعتمد من جديد، وهذه النسخة وإن كانت أكثر عَناء وصعوبة في القراءة بسبب عدم تنقيط عباراتها إلا أنها أقدم نسخة وأوثقها، وخالية من الأخطاء إلى حدّ كبير، فلا يمكن الاستغناء عنها والاستهانة بقدرها.

رابعا: عدم وجود أكثرِ المصادر التي عزا إليها الشارح، منها ما هو مخطوط، ومنها ما هو مفقود، فيصعُبُ على الباحث توثيق النصوص منها.

خامسا: نظرا إلى طبيعة العمل من كثرة الكتابة والتعديل فيه، ومصالح التحقيق من حسن التنسيق و دقّة في التصحيح قمتُ شخصيا بطباعة هذا الكتاب على الكمبيوتر وتنسيقه وتصحيحه، ولكنه أدّى كل ذلك إلى زيادة حجم العمل والضغط الشديد وتحمّل العَناء البالغ.

ورغم المصاعب والمشاكل المذكورة حاولت التغلّب عليها، وإن الله - عز وجل- قد شملني بلطفه وإحسانه وجوده وكرمه، فذلّلها لي، وبفضل الله وتوفيقه ثم كان لتشجيع فضيلة المشرف / حفظه الله دور كبير في شق الطريق إلى الأمام. وفي الواقع هانَت هذه

المتاعب أمام تحقيق الهدف النبيل وهو إحياء هذا الكتب القيّم بشكل يليق به.

هذا وقد وفقني الله عزوجل بالقيام بتحقيقه وخدمة نصوصه، فله الفضل والمنة، إلا أنني أعترف بتقصيري وقلّة بضاعتي على الرغم من الجهود التي بذلتها حسب إمكانياتي في تحقيق هذا الكتاب، علما بأنني جعلت نصب عيني إثبات النصوص الصحيحة، وتقديمها كما هي عند المؤلف - بقدر الإمكان - فإن كنت قد أصبتُ في جهدي فهو فضل من الله وتوفيقه، وإن كان غير ذلك فمني ومن الشيطان، وأعوذبالله من شره وهمزه ونفثه.

الخطة العامّة للرسالة

تتكون الرسالة من مقدمة وقسمين :

المقدمة : وهي تشتمل على ما يلي :

- أهمية تحقيق هذا الكتاب .
- سبب اختيار الموضوع .
- بعض الصعوبات التي واجهها المحقق .
- خطة الرسالة العامة .

القسم الأول : الدراسة

وهذا القسم يشتمل على ثلاثة فصول :

الفصل الأول : نبذة مختصرة عن الإمام محمد بن الحسن الشيباني

ويشتمل على المباحث التالية :

١ ـ اسمه ونسبه ومولده ووفاته .

٢ ـ نشأته وطلبه العلم .

٣ ـ شيوخه وتلامذته .

٤ - ثناء الأئمة عليه .

٥ ـ منزلته العلمية .

٦ ـ مؤلفاته : ـ كتب ظاهر الرواية .

ـ أسانيد كتب الإمام محمد .

الفصل الثاني : ترجمة الإمام قاضي خان

ويحتوي على المباحث التالية :

١ـ حياته الذاتية :

اسمه ونسبه ولقبه ومولده وموطنه ووفاته

٢ـ نشأته وأسرته وطلبه للعلم.

٣ـ عصره وما تميز به:

دراسة موجزة عن عصر المؤلف، والحالة السياسية والاجتماعية والعلمية في عصره باختصار.

٤ - شيوخه وتلاميذه.

٥ - منزلته الفقهية.

٦ - مؤلفاته.

الفصل الثالث: الزيادات وشرحه لقاضي خان:

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: كتاب الزيادات للشيباني:

و يحتوي على نقاط تالية:

١ - «الزيادات» من كتب ظاهر الرواية

٢- نسخ الزيادات في مكتبات العالم

٣- مرتّب الزيادات

٤- موضوع الزيادات ومحتواه.

٥- أسلوب الكتاب ومنهجه.

٦- شروح الزيادات.

المبحث الثاني: نبذة عن الكتاب «شرح الزيادات».

ويشمل على مباحث:

١ - عنوان الكتاب ونسبته إلى المؤلف.

٢ - أهمية الكتاب ومنزلته العلمية.

٣ - منهج المؤلف في شرح الكتاب.

٤ - تقويم الكتاب:

(أ) محاسن الكتاب.

(ب) الملحوظات على الكتاب.

٥ - مصادر الكتاب التي اعتمد عليها الشارح.

٦- وصف نسخ المخطوط.

القسم الثاني التحقيق:

المنهج المتبع في تحقيق المخطوط:

حققت الكتاب من أوله إلى آخره، وقد سرتُ في تحقيق هذا الكتاب على ضوء المنهج التالي:

أولا: إخرج نصّ الكتاب على أقرب صورةٍ وضَعَه عليها المؤلف، وذلك باتخاذ الخطوات التالية:

(أ) تمّ اختيار نسخة مكتبة فيض الله آفندي لتكون أصلا، لكمالها وأقدميتها وأنها نُسِخت من أصل المصنف، وفي حياته وفي بلده، كما تم اختيار أربع نسخ أخرى للمقابلة.

(ب) اعتماد النسخة الأصلية والمحافظة على نصّها، إلا إذا تبيّن أن هناك خطأ واضحا لايستقيم معه الكلامُ أو نقصا يحسن إثباته، فصوّبته وأثبته من النسخ الأخرى، وجعلته بين معكوفتين وأشرت إلى ذلك في الهامش.

(ج) قابلت النسخة المعتمدة بسائر النسخ المختارة، وأثبتت الاختلاف بين النسخ في الهامش، وحاولت كل الجهد لإخراج نص صحيح سليم.

ثانيا: كتبت النص وفقَ قواعد الإملاء الحديثة، مع وضع علامات الترقيم المتعارف عليها، وضَبطتُ ما يحتاج ضبطُه.

ثالثا: عزوت الآيات إلى مواضعها في القرآن الكريم مع ضبطها بالشكل.

رابعا: خرّجت الآحاديث والآثار معتمِدا بذكر الكتاب والباب ورقم الحديث في الكتب التي يوجد فيها ذلك، ورقم الجزء والصفحة في غيرها، وراعيت فيها الاختصار تجنبا عن الإطالة. وقد اجتهدت في تخريج الحديث قدر الإماكن حسب النص الذي ذكره المؤلف أو أقربَ نص له، فإن وجدت الحديث مع اختلاف في اللفظِ لايغيّر المعنى اكتفيت بتخريجه غالبا لأن المؤلف قد يذكر الحديث بالمعنى، فإن كان الاختلاف يغيّر المعنى ذكرت

النص مع التخريج.

خامسا: أرجعت المسائل الأساسية الكثيرة إلى مظانها قدر الإمكان، ووثّقتها من المراجع المعتمدة، وقد بذلت أقصى جهدي لأجل ذلك، ولايخفى أن هذه المسائل، من الصعب توثيقها لنُدرتهاودقّتها، وبما أن هذا الكتاب في ذاته مصدر موثوق عند الفقهاء، اكتفيت بتوثيق المسائل الرئيسية في الباب التي تتفرّع عليها الجزئيات المتناثِرة.

سادسا: وثّقت القواعد والضوابط الفقهية من مصادرها المعتمدة قدر الإمكان.

سابعا: وثقت المذاهب الفقهية من مصادرها الأصلية.

ثامنا: استكملت آراء الفقهاء من المذاهب الأربعة في المسائل التي ذكر المؤلف فيها خلافا.

تاسعا - بيّنت معاني المصطلحات الفقهية والأصولية الدقيقة، وبما أن هذا الكتاب يعتبر مرجعا للمتمرّسين في الفقه، فاستغنيت عن بيان المصطلحات المعروفة لدى عامّة أهل العلم.

عاشرا: شرحت الألفاظ المبهمة والكلماتِ الغريبة شرحا موجَزا.

الحادي عشر: علّقت على المواضع التي أرى أنها بحاجة إلى مزيد إيضاح وبيان، بخاصة عند عرض القواعد والضوابط الفقهية.

الثاني عشر: ترجمت الأعلام الواردة في الكتاب بإيجاز.

الثالث عشر: عرّفت الأماكن والبلدان الغير معروفة.

الرابع عشر: وضعت الفهارس الفنية لما احتواه القسم المحقق.

وتشمل ما يلي:

١ - فهرس الآيات القرآنية.

٢ - فهرس الأحاديث والآثار.

٣ - فهرس القواعد والضوابط الفقهية التي استخلصتها من شرح الزيادات، ورتّبته على ترتيب أبجدي حتى بلغت (١٠٤٥) قاعدة أوضابطة فقهية. وهذا يعتبر خلاصة وثمرة جهود الإمام قاضي خان في مجال التأصيل، كما أنه لبّ وجوهر ثمين للكتاب.

٤ - فهرس الفروق الفقهية. ولقد اعتنيت بهذا الفهرس لما أنه جانب علميّ متميّز للكتاب، وقد اهتمّ بها الإمام محمد الشيباني وقاضي خان رحمهما الله.

٥ - فهرس الأعلام المترجم لها في قسم الدراسة.

٦ - فهرس الأعلام الواردة في الكتاب

٧ - فهرس الكتب الواردة في الكتاب.

٨ - فهرس الأماكن والبلدان.

٩ - فهرس الأشعار.

١٠ - فهرس المصادر والمراجع للتحقيق.

١١ - فهرس محتويات الكتاب. اعتنيت بإعداد فهرسة المسائل والفوائد العلمية مفصّلةً لزيادة الفائدة المرجوة، وتيسير الاستفادة من هذا المرجع العلمي الشامخ.

شكر وتقدير:

وأخيرا أشكر الله سبحانه وتعالى على ما منّ عليّ ووفقني لإكمال هذه الرسالة، ولولا فضل الله عليّ ورحمته لما تمكّنت منه، ويطيب لي ويسرني - وقد انتهيت من رسالتي هذه - أن أتقدم بالشكر والتقدير إلى كل من أسهم في إنجاز هذه الرسالة، وأوّل من أخصّ بالشكر والعرفان شيخي الفاضل، الأستاذ الدكتور مساعد بن قاسم الفالح / حفظه الله ورعاه لتوليه الإشراف على هذه الرسالة، والذي منحني الشيئ الكثير من وقته وجهده، وأمدّني بعلمه وخبرته ما سهّل عليّ الكثير من صعوبات الرسالة ومشاقّها، فلا أملك له إلا الدعاء، فجزاه الله عني خير الجزاء، وله مني كل تقدير واحترام بالغ.

كما أتقدم بالشكر والامتنان إلى المسؤولين في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، هذا الصرح العلمي الشامخ الذي يحتضن الطلاب من أرجاء المعمورة، وتوفّر لهم كافة السبل والوسائل لينهلوا من مَنهله الدفّاق، وإلى كلية الشريعة ممثلة في عميدها ووكيلها ورئيس قسم الفقه/ حفظهم الله جميعا، لما بذلوه من خدمات وجهد في سبيل إنجاز هذه الرسالة، ولما يقدمون من تسهيلات للعلم وطلابه.

و لا يفوتني أن أشكر المسئولين في الجامعة الإسلامية العالمية بإسلام آباد لما أتاحوا لي هذه الفرصة الثمينة، ووافقوا على إيفادي إلى جامعة الإمام بالرياض، أسأل الله عز وجل أن يُجزل لهم المثوبةَ على ما قدموا للعلم وطلابه.

كما لا يفو تني أن أتقدم بعميق شكري وامتناني إلى جميع أساتذتي وإخواني وأهلي وأقاربي الذين كانت لهم يد العون لإنجاز هذه الرسالة، وأخصّ بالذكر هنا فضيلة الأستاذ الدكتور علي أحمد الندوي حفظه الله، الذي له فضل كبير في اختيار هذا الموضوع، واستفدت من سعة علمه وتحقيقاته القيّمة ونصائحه الغالية طوال هذه الفترة، فللجميع مني خالص الحب والتقدير والاحترام، وجزاهم الله كلّ خير، وأدّخر شكري لهم دعوات في ظهر الغيب إلى رب السموات والأرض.

ولله الحمد والشكر من قبلُ ومن بعدُ على ما يسّره من إنجاز هذه الرسالة على هذا الوجه.

وفي الختام أسأل الله العلي القدير وباسمه العظيم أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، وأن يتقبله مني ويجعله في ميزان حسناتي يوم القيامة، ويرزقني العلم النافع والعمل الصالح، إنه جواد كريم. ولله الحمد في الأولى والآخرة، بيده الخير وهو على كل شيء قدير، وصلّى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

***

القسم الدراسي

الفصل الأول

نبذة مختصرة عن الإمام محمد بن الحسن الشيباني صاحب « الزيادات »

ويشتمل على المباحث التالية :

١ ـ اسمه ونسبه ومولده .

٢ ـ نشأته وطلبه العلم .

٣ ـ شيوخه وتلامذته .

٤ ـ منزلته العلمية .

٥- وفاته .

٦ ـ مؤلفاته .

ـ كتب ظاهر الرواية .

ـ أسانيد كتب الإمام محمد .

الفصل الأول
نبذة مختصرة عن الإمام محمد بن الحسن الشيباني

اسمه ونسبه ومولده :

هو أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني . واكتفى المترجمون له في بيان نسبه بهذا القدر فقط .

أما نسبته إلى "شيبان"[(١)]، فالذي يفيده أكثر كتب التراجم هو أنه منهم بالولاء[(٢)]، ويرى بعض أنه ينتمي إلى شيبان نسباً، كما ذكر الإمام عبدالقاهر البغدادي الشافعي (٤٢٩هـ) في كتابه «التحصيل في أصول الفقه»[(٣)]، واختاره ابن الأثير الجزري في كتابه «اللباب» حيث قال في ترجمة الإمام محمد: "وهو أيضا نسبة إلى الجد وهو أبو محمد الحسن بن أحمد بن محمد بن علي بن مخلد بن شيبان النيسابوري المخلدي الشباني نسبة إلي جده[(٤)]. وأقرّه الحافظ السيوطي (٩١١ هـ) في «جزيل المواهب»[(٥)].

---

(١) "الشيباني": بفتح الشين وسكون الياء المعجمة وفتح الباء، نسبة إلى بني شيبان بن ذهل بن ثعلبة قبيل كبير من بكر بن وائل، ينسب إليه خلق كثير من الصحابة والتابعين والأمراء والعلماء من كل فن، والذي ازدهر في تاريخ الفقه الإسلامي بإثنين من الأئمة العظام في الفقه والحديث، هما الإمام محمد بن الحسن الشيباني، والإمام أحمد بن حنبل الشيباني. «اللباب في تهذيب الأنساب» لعزالدين ابن الأثير الجزري، ٢/ ٢١٩ .

(٢) انظر : «أخبار أبي حنيفة وأصحابه» للصيمري ص ١٢٠، «مناقب أبي حنيفة وصاحبيه» للذهبي ص ٧٩، «تاريخ بغداد» ٢/ ١٧٢، «الوافي بالوفيات» للصفدي، ٢/ ٣٣١، «تاريخ الخميس في أحوال أنفس نفيس» للديار بكري ٢/ ٣٣٣، «الأعلام» للزر كلي ٦/ ٨٠، «معجم المؤلفين» ٩/ ٢٠٨، «بلوغ الأماني في سيرة الإمام محمد بن الحسن الشيباني» للكوثري ص٤ .

(٣) انظر الأعلام للزركلي ٤/ ٤٨ .

(٤) «اللباب في تهذيب الأنساب» لابن الأثير الجزري، ٢/ ٢١٩ .

(٥) «جزيل المواهب في اختلاف المذاهب» ق/ ٨ ب، مخطوط بمكتبة دار العلوم ندوه العلماء

أما أصله: فقيل هو من دمشق من قرية تسمى حرستا.[١] وقيل أصله من الجزيرة، وأن أباه كان في جند الشام فقدم واسطا بالعراق و فيها ولد له محمد.[٢] وقيل: هو مولى لبني شيبان، وأصلهم من قرية بين فلسطين والرملة، ثم انتقلوا إلى الكوفة[٣]، وقيل: أصله من قرية قرب الرملة.[٤] وأكثر المترجمين له على القول الأول.

أما مولده المكاني فإنه ولد بواسط بالعراق بعد انتقال والده إليها، ولا أعلم خلافا بين المترجمين في هذا.[٥]

وأما مولده الزماني: فمختلف فيه: فقيل: سنة إحدى وثلاثين ومائة من الهجرة.[٦] وقيل: سنة إثنتين وثلاثين ومائة، وهو الذي عليه جمهور المؤرخين[٧].

وقال ابن عبد البر: سنة خمس وثلاثين ومائة.[٨]

الهند، الحديث برقم ٧٦٨.

(١) انظر: تاريخ بغداد ٢/ ١٧٢، مناقب أبي حنيفة لموفق بن أحمد المكي الكردري ٢/ ٤١٩، الجواهر المضية في طبقات الحنفية ٣/ ١٢٣، تاج التراجم ص. ٢٣٧ طبقات الفقهاء لطاش كبرى زاده ص: ١٧، الأعلام ٦/ ٨٠، معجم المؤلفين ٩/ ٢٠٧.

(٢) انظر: تهذيب الأسماء واللغات للنووي، الجزء الأول من القسم الأول ص ٨٠ - ٨١، الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص: ١٦٣، بلوغ الأماني ص: ٤-٥.

(٣) انظر: «أخبار أبي حنيفة وأصحابه» ص: ١٢٦، «مفتاح السعادة و مصباح السيادة» لطاش كبرى زاده، ٢/ ٢٤١.

(٤) انظر: «بلوغ الأماني»، للشيخ محمد زاهد بن الحسن الكوثري، ص ٤.

(٥) انظر: تاريخ بغداد ٢/ ١٧٢، مناقب أبي حنيفة ٢/ ٤١٩، الفهرست ص: ٢٥٧.

(٦) انظر: الانتفاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء ص: ١٧٤، الأعلام ٦/ ٨٠.

(٧) انظر مثلا: تاريخ بغداد ٢/ ١٧٢، مناقب أبي حنيفة ٢/ ٤٢٠، تهذيب الأسماء واللغات الجزء الأول من القسم الأول ص: ٨١، مفتاح السعادة ومصباح السيادة ٢/ ٢٤٢ طبقات الفقهاء لطاش كبرى زاده ص: ١٧، تاريخ التراث العربي، المجلد الأول الجزء الثالث ص: ٥٤.

(٨) الأنتقاء ص ١٧٤. وقد قال الكوثري: إن هذا سهو محض، بلوغ الأماني ص: ٥.

نشأته واتصاله بحلقة الإمام أبي حنيفة :

أما نشأته ، فقد كانت في الكوفة ، حيث تلقى العلم على فقهاءها المشهورين ، وقد كان أبوه ثريا ، فنشأ محمد نشأة سعيدة ، وكان ذكيا ، قويّ الذاكرة ، سريع الخاطر ، جميل الخِلق والخُلق ، سمينا خفيف الروح ، ذاصحة وقوة .(١)

وجاء في وصفه أن أباه قدم به إلى الإمام أبي حنيفة ، فقال الإمام لوالده : احلق رأسه وألبسه الخُلقان(٢) ففعل ، فزاد عند الحلق جمالا .(٣) ومنذ أن بلغ سن التمييز تعلم القرآن وحفظ منه ما تيسر له حفظه ، وبدأ يحضر دروس اللغة العربية والحديث في الكوفة التي كانت تزخر بكثير من العلوم كالحديث والفقه وعلوم اللغة العربية ونحوها .(٤)

وذكر محمد زاهد الكوثري : أن محمدا لما بلغ أربع عشرة سنة حضر مجلس أبي حنيفة ليسأ له عن مسألة نزلت به ، فسأله قائلا : ما تقول في غلام احتلم بالليل بعد ما صلى العشاء هل يعيد العشاء؟ قال: نعم ، فقام وأخذ نعله وأعاد العشاء في زاوية المسجد. وهو أول ما تعلم من أبي حنيفة ، فلما رأه يعيد الصلاة أعجبه ذلك، وقال: إن هذا الصبي يفلح إن شاء الله تعالى ،وكان كما قال.(٥) ثم ألقى الله سبحانه في قلبه حب التفقه في دين الله بعد أن رأى جلال مجلس الفقه فعاد إلى المجلس يريد التفقه .(٦)

---

(١) انظر الفهرست لابن النديم ص : ٢٥٧ ، تاج التراجم ص : ٢٣٧ ، طبقات الفقهاء لطاش كبرى زاده ص : ١٧ ، بلوغ الأماني ص : ٥ .

(٢) الخُلقان، جمع الخَلَق، وهو البالي من الثياب والجلد وغيرها . والمقصود به هنا هو الثياب البالي. انظر : القاموس المحيط ، باب القاف ، فصل الخاء ص ١١٣٧ ، المعجم الوسيط ، مادة (خلق) ١/ ٢٥٢ .

(٣) انظر : مناقب أبي حنيفة ٢/ ٤٢٠ .

(٤) انظر : بلوغ الأماني ص: ٥ .

(٥) انظر القصة في مناقب أبي حنيفة للكردري ٢/ ٤٢٨ ففيه بيان مجيئه إلى الإمام وسؤاله وجواب الإمام له.

(٦) بلوغ الأماني في سيرة محمد بن الحسن الشيباني ص ٥-٦ .

وسأله أبو حنيفة عن مسألة كانت أكبر من مستوى سِنّه وثقافته بدليل أن أبا حنيفة قال له: أأخذتَ هذه المسألة من غيرك أم أنشأتها من نفسك؟ فقال محمد: من عندي، فقال أبو حنيفة: «سألت سؤال الرجال، أدِم الاختلاف إلينا وإلى الحلقة»[1].

وأخذ محمد بعد هذا يديم الاختلاف إلى حلقة أبي حنيفة، وكانت طريقة هذا الإمام في تعليم تلاميذه تقوم على منهج يربّي ملكةَ البحث والتفكير والمناظرة، فهو لايلقي آراءه إلقاءً، ولكنه كان يثير المسائل، ثم يشرك تلاميذه في تمحيصها ومناقشتها، ولا يسمح بتدوينها إلا بعد الاتفاق على رأي فيها، وفي هذا الجو العلمي المثمر كانت مواهب محمد الشيباني تتجلى كل يوم.

مشايخه في الفقه والحديث:

تبين مما سبق أن الإمام محمد الشيباني بدأ حياته الفقهية بحضور حلقات الإمام أبي حنيفة، وبعد وفاته تفقّه بأبي يوسف، ثم رحل إلى الإمام مالك وسمع منه الموطأ، فهؤلاء الأئمة الثلاثة هم أبرز أساتذة الإمام محمد، ثم كثر مشايخه وتنوعت ثقافته، وسمع منهم سماعا كثيرا[2]، أذكر بإيجاز فيما يلي بعض شيوخه الذين لهم أكبر الأثر في تدوين شخصية محمد العلمية، لتتبين مصادر تلقي العلم للإمام محمد.

١ - الإمام أبو حنيفة (١٥٠هـ): هو «الإمام العَلَم»[3]، «فقيه الملة»[4] النعمان بن ثابت بن زَوْطي، الكوفي، مولى بني تَيم بن ثعلبة.

وُلد في زمن جماعة كثيرة من الصحابة رضي الله عنهم[5]، ورأى أنس بن مالك غير

(١) «مناقب الإمام الأعظم» ٢/ ١٥٥، «بلوغ الأماني» ص ٦.

(٢) «الأنساب» للسمعاني، ٧/ ٤٣٣.

(٣) «تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام»، للذهبي، ١٤١ -١٦٠ هـ، ص ٣٠٥.

(٤) «سير أعلام النبلاء» ٦/ ٣٩٠، ودول الإسلام ١١/ ١٠٣.

(٥) «عقود الجمان في مناقب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان» لمحمد بن يوسف الصالحي الشافعي، ص ١٧٩.

... بالكوفة إذ قدمها أنس[1].

وروى عن عطاء بن أبي رباح، وهو أكبر شيخ له وأفضلهم، وروى عن الشعبي، وعبدالرحمن بن هُرمز الأعرج وعمرو بن دينار، وعطية العوفي، وابن شهاب الزهري، وعطاء بن السائب، وهشام بن عروة وحماد بن أبي سليمان وبه تفقه، وخلقٍ كثير[2].

وعُني بطلب الآثار، وارتحل في ذلك؛ وأما الفقه والتدقيق في الرأي وغوامضه، فإليه المنتهى والناس عليه عيال[3]، وهذا مستفاد من قول الإمام الشافعي: "الناس في الفقه عيال على أبي حنيفة"[4].

وقال الإمام الذهبي: «الإمامة في الفقه ودقائقه مسلّمة إلى هذا الإمام، وهذا أمر لا شك فيه». «وكان من أذكياء بني آدم، جمع الفقه والعبادة والورع والسخاء»[5].

تفقه به جماعة من الكبار، منهم: زفر بن الهذيل، وأبو يوسف القاضي، وابنه حماد بن أبي حنيفة، والحسن بن زياد اللؤلؤي، ومحمد بن الحسن، وأسد بن عمرو القاضي، والقاسم بن معن، وروى عنه من المحدثين والفقهاء عدّة لا يُحصون.

وقال يحيى بن معين: كان أبو حنيفة ثقة لا يحدّث بالحديث إلا بما يحفظه، ولا يحدّث بما لا يحفظه[6]. وقال يحيى بن سعيد القطّان: «لا نكذب الله، ما سمعنا أحسن من رأي أبي حنيفة، وقد أخذنا بأكثر أقواله»[7]. وعن ابن المبارك قال: «ما رأيت رجلا أوقر في مجلسه ولا أحسن سمتاً وعلماً من أبي حنيفة»[8].

---

(١) «تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام»، للذهبي ص ٣٠٦.

(٢) انظر: «سير أعلام النبلاء» ٦/ ٣٩٢.

(٣) «سير أعلام النبلاء» ٦/ ٣٩٢.

(٤) المصدر السابق٦/ ٤٠٣.

(٥) «سير أعلام النبلاء» ٦/ ٤٠٣. «العِبَر في خبر من عَبَر»، للذهبي ١/ ١٦٤.

(٦) «سير أعلام النبلاء» ٦/ ٣٩٤.

(٧) «سير أعلام النبلاء» ٦/ ٤٠٢.

(٨) « تاريخ الإسلام»، للذهبي ص ٣١٢.

وكان خزّازاً ينفق من كسبه ولا يقبل جوائز السلطان تورعاً، وله دار وصُنّاع ومعاش متّسع، وكان معدوداً من الأجواد والأسخياء، والأولياء الأذكياء، مع الدين والعبادة والتهجد وكثر التلاوة وقيام الليل رضي الله عنه[1].

والإمام محمد الشيباني كان من أجل تلامذته لتأثره بإمامه، لا سيما في طرق الاستنباط وتفريع المسائل، فكان يوافق شيخَه في أغلب المسائل ويخالفه في بعضها.

ومحمد في فترة تلمذه للإمام أبي حنيفة لم يكن يكتفي بالسماع وا لمشاركة في تحقيق المسائل، فقد كان مع هذا يدوّن ويسجّل ويحرص على ذلك حرصاً شديداً، وكان لذلك أثر كبير في حياة محمد الباكرة بما قام به بعد أن استحصد علمه بتدوين الفقه وتصنيفه في صورة لم يسبق بها، وكانت نبراساً لسائر الفقهاء من بعده.

قال زفر: كنا نختلف إلى أبي حنيفة ومعنا أبو يوسف ومحمد بن الحسن، فكنا نكتب عنه، فقال يوماً لأبي يوسف: ويحك يا يعقوب لا تكتب ما تسمعه مني فإني قد أرى الرأي اليوم فأتركه غداً، والرأي غداً فأتركه بعد غد[2].

وكان أبو حنيفة وهو الأستاذ الذي اهتم بتربية الرجال أكثر من اهتمامه بتأليف الكتب - يؤثر تلميذه بمزيد من رعايته وحدبه، وهكذا قامت الصلة بين الأستاذ والتلميذ على التقدير والحب والرعاية والعطف، تخلّف محمد عن الحلقة يوماً، وعرف الأستاذ أن تلميذه مريض فذهب يعوده[3]، ومرض أبو يوسف مرضاً خيف عليه منه، فعاده أبو حنيفة وكان معه تلميذه محمد[4].

٢ - الإمام محمد بن يوسف (١٨٣ هـ): هو يعقوب بن إبراهيم، الإمام المجتهد المحدث، قاضي القضاة، ولد في الكوفة سنة ١١٣ هـ. وحدّ ث عن هشام بن

---

(١) «تاريخ الإسلام»، للذهبي ص ٣٠٦.

(٢) «تاريخ بغداد» ١٣/ ٤٠٢، وانظر «حسن التقاضي في سيرة الإمام أبي يوسف القاضي» للشيخ الكوثري ص ١٢، ط/ الخانجي.

(٣) مناقب الكردري ٢/ ١٥٥.

(٤) تاريخ بغداد ١٤/ ٢٤٦.

عروة، ويحيى بن سعيد الأنصاري، وعطاء بن السائب، ويزيد بن أبي زياد، وأبي حنيفة، ولزمه وتفقّه به، وهو أنبل تلامذته وأعلمهم، وعن أبي يوسف: صحبت أبا حنيفة سبع عشرة سنة[1].

وحدّث عنه يحيى بن معين، وأحمد بن حنبل، وعلي بن الجعد، وأسد بن الفرات، وأحمد بن منيع . . . وعدد كثير.

وقال أحمد بن حنبل: "أول ما كتبت الحديث اختلفتُ إلى أبي يوسف". وعن ابن معين: "أبو يوسف صاحب حديث، صاحب سُنّة[2]". وقال النسائي: "أبو يوسف القاضي ثقة[3]".

وقال محمد بن الحسن: "مرض أبو يوسف في زمن أبي حنيفة مرضاً خيف عليه منه، فعاده أبو حنيفة ونحن معه، فلما خرج من عنده وضع يديه على عتبة بابه، وقال: إن يمت هذا الفتى فإنه أعلم من عليها، وأومأ إلى الأرض[4]". ومما يدل على عظيم شغفه بالعلم أنه اشتغل به إلى أن لَفَظَ نَفَسه الأخير. قاله الإمام السرخسي[5].

وكان قد سكن بغداد وتولّى القضاء بها لثلاثة من الخلفاء: المهدي وابنه الهادي ثم هارون الرشيد، وكان الرشيد يكرمه ويجلّه، وهو أول من دُعي بقاضي القضاة[6].

روى الشيخ زاهد الكوثري عن إسماعيل بن حماد أنه قال: "كان محمد بن الحسن يبكر إلى مجلس الحديث ونبكر إلى أبي يوسف، فيجيء وقد مضت المسائل، ونحن

---

(١) «سير أعلام النبلاء» ٨/ ٤٧٠.

(٢) ««سير أعلام النبلاء»» ٨/ ٤٧٠.

(٣) مقدمة «إعلاء السنن» ٣/ ٧١.

(٤) «وفيات الأعيان» لابن خلكان، ٦/ ٣٨٢.

(٥) يرجع للتفصيل «المبسوط» ٤/ ٢٣، «الطبقات السنية» ١/ ١٩٠.

(٦) المصدر السابق٦/ ٣٧٩. وقال الخطيب في تاريخ: "وهو أول من دُعي بقاضي القضاة في الإسلام". ١٤/ ٢٤، وانظر: «مجموع فتاوى» لشيخ الإسلام ابن تيمية ٢٠/ ٣٠٤، و«الألقاب الإسلامية في التاريخ والوثائق والآثار» لدكتور حسن الباشا ص ٤٢٤.

نتحدث، فيعيد عليه أبو يوسف ما مضى، فجاء يوماً ونحن نتحدث، فسأله أبو يوسف عن مسألة مرت من المسائل، فأجاب محمد عنها بخلاف ما مضى، فقال أبو يوسف ليس هذا الجواب، فتنازعا فيها، فقال محمد: "ليس هذا قوله، إلى أن دعا بالكتاب فإذا الجواب كما قال محمد بن الحسن. قال أبو يوسف هكذا يكون الحفظ[1].

٣ - الإمام مالك (١٧٩ هـ): هو شيخ الإسلام، إمام دار الهجرة، أبو عبدالله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر... الأصبحي المدني. كان فقيهاً محدثاً يعد من التابعين، وكانت أمه قد حملت به لمدة سنتين ولد في سنة ٩٣ هـ، عام موت أنس خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم.

وطلب العلم وهو حَدَث ابن بضع عَشْرة سنة... فأخذ عن نافع، وسعيد المقبُري، وعامر بن عبدالله بن زبير، وابن المنكدر، والزهري، وعبدالله بن دينار، وخلق كثير جداً، كما يظهر من «الموطأ».

وتأهّل للفتيا، وجلس للإفادة، وله إحدى وعشرون سنة، وحدّث عنه جماعة وهو شاب طريّ، وقصده طلبة العلم من الآفاق، وحدّث عنه شيوخه: عمّه أبو سُهَيل، ويحيى بن أبي كثير، والزهري، ويحيى بن سعيد وغيرهم. ومن أقرانه: مَعْمَر، وابن جُريج، وأبو حنيفة، وعمرو بن الحارث، وشعبة، والثوري، والليث، وسفيان بن عُيَينة، وأبو إسحاق الفَزاري، ومحمد بن الحسن الفقيه، وعبدالرحمن بن القاسم... وغيرهم[2].

ومن كلمات الأئمة في الثناء عليه: قال ابن عيينة: مالك عالم أهل الحجاز، وهو حجّة زمانه. وقال الشافعي - وصَدَق وبرَّ -: إذا ذكُر العلماء فمالك النجم[3].

ولم يكن بالمدينة عالم من بعد التابعين يشبه مالكاً في العلم، والفقه، والجلالة، و الحفظ. وما زال العلماء قديماً وحديثاً لهم أتمّ اعتناء برواية «الموطأ» ومعرفته[4]. ورواية

---

(١) «بلوغ الأماني في سيرة الإمام محمد بن الحسن الشيباني» ص ٣٥.

(٢) سير أعلام النبلاء ٨/ ٤٨ - ٥٥.

(٣) سير أعلام النبلاء ٨/ ٥٧ - ٧٠.

(٤) سير أعلام النبلاء ٨/ ٨٥.

الإمام محمد للموطأ هي من أحسن الروايات من بين عدة روايات ضبطاً وصحة.

توفي سنة (١٧٩ هـ). ودُفن بالبقيع، رحمه الله رحمة واسعة[١].

٤ - ابن جُريج المكّي (١٥٠ هـ): عبدالملك بن عبدالعزيز بن جريج، الإمام، الحافظ، شيخ الحرم، أبو خالد، القرشي، الأموي، المكي، صاحب التصانيف[٢].

حدّث عن عطاء بن أبي رباح فأكثر وجوّد، وعن ابن أبي مُلَيكة، ونافع مولى ابن عمر وميمون بن مِهْران وعمرو بن دينار، وابن المنكدر. وحدّث عنه: الأوزاعي، والليث، والسفيانان، وابن عليّة، ويحيى بن سعيد القطّان، ويحيى بن أبي زائدة، ووكيع، وعبدالرزاق بن همّام، وأمم سواهم[٣]، ومنهم الإمام محمد الشيباني[٤].

قال الذهبي: قد قدم عبدالملك بن جُريج إلى العراق قبل موته، وحدّث بالبصرة، وأكثر، ويبدو أن الإمام محمّداً رحل إلى البصرة فسمع منه. توفي سنة (١٥٠ هـ).

٥- مِسْعَر بن كِدام (١٥٣ هـ): هو مسعر بن كدام بن ظُهَيْر بن عُبَيْدة بن الحارث، الإمام الثبْت، شيخ العراق، أبو سَلَمَة الهلالي الكوفي، الحافظ.

قال أحمد بن حنبل: الثقة كشعبة ومسعر. وقال وكيع: شك مسعر كيقين غيره[٥].

روى عن عديّ بن ثابت، وعمرو بن مُرّة، وقتادة بن دِعامة، وسعيد بن إبراهيم، وزياد بن علاقة، وسعيد بن أبي بردة، ... وخلق كثير. وروى عنه سفيان بن عيينة، ويحيى القطّان، وسليمان التَّيْمي، وابن المبارك، ومحمد بن بِشر، ويحي بن آدم ... وخلق سواهم[٦]. وسمع منه الإمام محمد أيضاً[٧].

---

(١) انظر: المصدر نفسه ٨/ ١٣٠ -١٣٢.

(٢) المصدر نفسه ٦/ ٣٥٢.

(٣) سيرأعلام النبلاء ٦/ ٣٢٦، ٣٧٢.

(٤) انظر «الطبقات» لابن سعد ٧/ ٣٣٦، ترجمة الإمام محمد.

(٥) سير أعلام النبلاء ٧/ ١٦٤، ١٦٦، ١٦٧، ١٧٣.

(٦) المصدر نفسه ٧/ ١٦٣ - ١٦٤.

(٧) انظر «الأنساب» للسمعاني ٧/ ٤٣٣، «مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه» للذهبي ص: ٧٩.

٦ - عمر بن ذَرّ الهمداني (١٥٣ هـ) : ابن عبدالله بن زرارة، الإمام الزاهد العابد، أبو ذر الهمداني، الكوفي[(١)].

وثّقه النسائي ويحيى بن معين والدارقطني، واحتج به البخاري دون مسلم[(٢)].

وقد حدّث عن أبيه، وأبي وائل، ومجاهد، وسعيد بن جُبير، ومعاذة العدوية، وعطاء بن أبي رباح. وروى عنه: ابن المبارك، ووكيع، وإسحاق الأزرق، ويونس بن بُكير، وابن عيينة، وعبدالرحمن بن مهدي، والخُرَيبي، وروى عنه أبو حنيفة مع تقدمه.

ومن جملة من تلقّى عنه محمد بن الحسن الشيباني[(٣)].

٧ - مُحِلّ بن مُحْرِز الضَّبِّيّ الكوفي (١٥٣ هـ) : روى عن أبي وائل وإبراهيم النخعي وعامر الشعبي، وروى عنه يحيى القطان وجرير ووكيع، وعلي بن مسهر، وخلاد بن يحيى، ومنهم الإمام محمد أيضاً[(٤)].

٨ - الأوزاعي (١٥٧ هـ) : هو عبدالرحمن بن عمرو بن يُحْمَد، شيخ الإسلام، وعالم أهل الشام، أبو عمرو الأوزاعي. وكان مولده في حياة الصحابة، سنة (٨٨هـ)في مدينة بعلبك[(٥)]. أحد الأئمة المجتهدين ومن أفاضل المحدثين.

حدّث عن: عطاء بن أبي رباح، وأبي جعفر الباقر، وعمرو بن شعيب، ومكحول، وقتادة، والزهري، ويحيى بن أبي كثير، ومحمد بن سيرين، وابن المنكدر، وميمون بن مهران، ونافع مولى بن عمر، والوليد بن هشام، وخلق كثير من التابعين وغيرهم.

روى عنه: ابن شهاب الزهري ويحيى بن أبي كثير - وهما من شيوخه - وشعبة والثوري ومالك وسعيد بن عبدالعزيز وابن المبارك وأبو إسحاق الفزاري والوليد بن مسلم

---

(١) سير أعلام النبلاء ٦/ ٣٨٥، وتاريخ الإسلام ص ٥٣٧.

(٢) سير أعلام النبلاء ٦/ ٣٨٦، ٣٨٨.

(٣) انظر «تعجيل المنفعة بزوائد رجال الأئمة الأربعة» لابن حجر ص ٣٦١، ترجمة الإمام محمد، و«الأنساب» للسمعاني ٧/ ٤٣٣، و«مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه» للذهبي ص ٧٩.

(٤) انظر: «الطبقات الكبرى» لابن سعد ٧/ ٣٣٦، ترجمة الإمام محمد.

(٥) انظر: سير أعلام النبلاء ٧/ ١٠٧ - ١٠٩.

وخلق كثير[1]. ومن تلاميذه الإمام محمد بن الحسن[2] أخذ عنه فقه أهل الشام.

وكان له مذهب مستقل مشهور، عمل به فقهاء الشام مدة وفقهاء الأندلس، ثم فني[3]. وكان رأساً في العلم والعمل، وجَمَّ المناقب، ومع علمه كان بارعاً في الكتابة والترسّل.

قال الوليد بن مسلم: «ما رأيت أكثر اجتهاداً في العبادة من الأوزاعي». وقال أبو مسهر: «كان يحيي الليل صلاةً وقرآناً وبكاءً». وقال النووي: «أجمع العلماء على إمامة الأوزاعي وعلو مرتبته»[4]. وقال الإمام مالك: «كان الأوزاعي إماماً يقتدى به»[5].

٩ - عبدالله بن المبارك : هو عبدالله بن المبارك أبو عبدالرحمن المروزي مولى بني حنظلة، ولد سنة (١١٨ هـ)[6]، وتوفي في العراق سنة (١٨١ هـ)[7].

طلب العلم والحديث، وطاف البلاد مشرقا ومغربا يجمع الحديث ويأخذ عن شيوخ الأمصار، أخذ عن هشام بن عروة وإسماعيل بن أبي خالد، وسليمان الأعمش، وسليمان التيمي وحميد الطويل، وعبدالله بن عون، ويحيى بن سعيد الأنصاري، ومعمر بن راشد، وابن جريج، وابن أبي ذئب، ومالك، والثوري، وشعبة، والأزواعي، والليث[8].

ومن أشهر من أخذ عنه العلم: داود العطار، وسفيان بن عيينة، وأبو إسحاق

---

(١) سير أعلام النبلاء ٧/ ١٠٨.

(٢) انظر: «تعجيل المنفعة بزوائد رجال الأئمة الأربعة» لابن حجر ص ٣٦١، «الأنساب» للسمعاني ٧/ ١١٧، و«مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه» للذهبي ص ٧٩.

(٣) سير أعلام النبلاء ٧/ ١١٧، وانظر: «تقريب التهذيب» ص ٣٤٧، برقم ٣٩٦٧.

(٤) «تهذيب الأسماء والصفات» للنووي ١/ ٢٩٩.

(٥) «تاريخ دمشق» لابن عساكر ١٠/ ٢٠٦ المقدمة.

(٦) «تاريخ بغداد» ١٠/ ١٥٣.

(٧) «تاريخ بغداد» ١٠/ ١٦٨، ، وانظر: «الفكر السامي» ١/ ١٩٨.

(٨) «تذكرة الحفاظ» ١٥٢ - ١٥٣، «الفكر السامي» ٣/ ١٩٣، «تاريخ بغداد» ١٠/ ١٥٥.

الفزاري، ويحيى بن معين، ويعقوب الدورقي، والإمام محمد وغيرهم[١].

قال عنه أحمد بن حنبل: «لم يكن في زمان ابن المبارك أطلب منه»[٢]. وقال عنه ابن معين: «كان متثبتاً ثقة وكان عالماً صحيح الحديث»[٣]. وقال النسائي: «لا نعلم في عصر ابن المبارك أجل من ابن المبارك ولا أعلى منه ولا أجمع لكل خصلة محمودة منه»[٤].

١٠ - مالك بن مِغْول (١٥٩ هـ): ابن عاصم بن غزيّة بن خَرَشة، الإمام، الثقة، والمحدّث، أبو عبدالله البجلي، الكوفي.

حدّث عن الشعبي، وعبدالله بن بُريدة، ونافع العُمَري، وعطاء بن أبي رباح. وروى عنه: شعبة، والثوري، ومسعر، وابن عيينة، وابن المبارك، ووكيع، وعبدالرحمن بن مهدي وغيرهم[٥]. ومن جملة تلاميذه: الإمام محمد بن الحسن[٦].

قال أحمد: «ثقة، ثبت في الحديث». وقال ابن معين وأبو حاتم: «ثقة»[٧].

١١ - يونس بن أبي إسحاق (١٥٩ هـ): عمرو بن عبدالله الهمداني السبيعي الكوفي، محدّث الكوفة. كان أحد العلماء الصادقين، يُعدّ في صغار التابعين.

حدّث عن أنس بن مالك، وناجية بن كعب، والشعبي، ومُجاهد، وأبي بُردة، وأبي بكر ابنَي أبي موسى الأشعري. وروى عنه: ابنه عيسى، وابن المبارك، ويحيى بن سعيد القطان، ووكيع، وابن مهدي، ويحيى بن آدم، ومحمد بن يوسف الفِريابي، وقبيصة،

---

(١) «ميزان الاعتدال» ٢/ ١١ ١٢٠١، و«تهذيب التهذيب» ٣/ ١٩٢، «الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي» لمحمد بن الحسن الحجوي ٢/ ١٧٢، ١٩٩، و«تذكر الحفاظ» ٢٣٧، ٥٠٥.

(٢) «مقدمة إعلام السنن» ٣/ ٨٢.

(٣) «مقدمة إعلام السنن» ٣/ ٨٣.

(٤) «مقدمة إعلام السنن» ٣/ ٨٣.

(٥) سير أعلام النبلاء ٧/ ١٧٤.

(٦) «الأنساب» للسمعاني ٧/ ٤٣٣، «مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه» للذهبي ص ٧٩.

(٧) «سير أعلام النبلاء» ٧/ ١٧٤، ١٧٥.

وعلي بن محمد المدائني، وخلق كثير، وهو من بيت العلم والحفاظ[١].

وهو أحد مشايخ الإمام محمد في الحديث[٢]. قال عبدالرحمن بن مهدي، والنسائي: «ليس به بأس»[٣].

١٢ - سفيان الثوري (١٦١ هـ) : سفيان بن سعيد بن مسروق بن حبيب، شيخ الإسلام، إمام الحفّاظ، سيد العلماء العاملين في زمانه، أبو عبدالله الثوري الكوفي المجتهد، مصنّف كتاب «الجامع».

ومن شيوخ أبي عبدالله: إبراهيم بن ميسرة، وأيوب السختياني، وبُكير بن عطاء، وجعفر الصادق، وحمّاد بن أبي سليمان، وحُمَيد الطويل، وراشد بن كَيْسان، وربيعة الرأي، وجمّ غفير من المحدثين.

وحدّث عنه من القدماء خلق، منهم: الأعمش، وأبان بن تغلب، وابن جريج، وجعفر الصادق، وأبو حنيفة، والأوزاعي، ومسعر، وشعبة، وجرير بن عبدالحميد، وسفيان بن عيينة، وأبو داود الطيالسي[٤]. ومن جملة الرواة عنه: الإمام محمد[٥].

أثني عليه الأئمة ثناءً عطراً، إذ قال شعبة وابن عيينة، وأبو عاصم، ويحيى بن معين وغيرهم: «سفيان الثوري أمير المؤمنين في الحديث»[٦]. وقال ابن حجر: هو «ثقة، حافظ، فقيه، عابد، إمام، حجة»[٧].

١٣ - داود الطائي (١٦٢ هـ) : الإمام الفقيه، الزاهد، أبو سليمان، داود بن نُفير

---

(١) «سير أعلام النبلاء» ٧/ ٢٦.

(٢) انظر: «الجواهر المضية» ٣/ ٦٥٠ - ٦٥١.

(٣) انظر: «سير أعلام النبلاء» ٧/ ٢٦، ٢٧.

(٤) انظر: «سير أعلام النبلاء» ٧/ ٢٢٩، ٢٣٠، ٢٣٤، ٢٣٦.

(٥) انظر: «تعجيل المنفعة لزوائد رجال الأئمة الأربعة» لابن حجر ص ٣٦١، ترجمة الإمام محمد، «الأنساب» ٧/ ٣٣، و«مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه» للذهبي ص ٧٩.

(٦) «سير أعلام النبلاء» ٧/ ٢٣٦.

(٧) «التهذيب» لابن حجر ص ٢٤٤، برقم ٢٤٤٥.

الطائي، الكوفي. ولد بعد المأة بسنوات، وكان من كبار أئمة الفقه والرأي.

روى عن عبدالملك بن عُمير، وحميد الطويل، وهشام بن عروة وسليمان الأعمش، وجماعة. وحدّث عنه: ابن عُلَيّة، وزافر بن سليمان، ومصعب بن المقدام، وإسحاق بن منصور السلولي، وأبو نُعَيم، وآخرون.

روى الطحاوي بسنده قال: «سمعت إسماعيل بن حمّاد بن أبي حنيفة، يقول: قال محمد بن الحسن: «كنت أتي داود الطائي، في بيته فأسأله عن المسألة، فإن وقع في قلبه أنها مما أحتاج إليه لأمر ديني، أجابني فيها، وإن وقع في قلبه أنها من مسائلنا هذه، تبسّم في وجهي وقال: «إن لنا شغلاً، إن لنا شغلاً»[1].

وذكر الذهبي في «المناقب» و«التاريخ» قول الإمام محمد: «بلغني أن داود الطائي كان يسأل عني وعن حالي فإذا أخبر قال: «إن عاش فسيكون له شأن»[2].

وقال الإمام الذهبي: «ومناقب داود كثيرة، كان رأساً في العلم والعمل»[3].

١٤ - القاسم بن معن بن عبدالرحمن بن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه، أبو عبدالله الهذلي المسعودي الكوفي. الإمام الفقيه المجتهد، قاضي الكوفة، ومفتيها في زمانه، وكان ثقة، نحوياً، أخبارياً، كبير الشأن، لم يأخذ على القضاء معلوماً، نقله أحمد بن حنبل.

وقال أبو حاتم: «ثقة كان أروى الناس للحديث، والشعر، وأعلمهم بالعربية والفقه». قال الذهبي: «كان عفيفاً صارماً، من أكبر تلامذة الإمام أبي حنيفة».

و الإمام محمد يُعتبر من جملة أصحابه[4]. توفي في سنة (١٧٥ هـ)[5].

---

(١) «الجواهر المضية» ٢/ ١٩٤- ١٩٥، برقم ٥٨٣.

(٢) «مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبه» ص ٨٠، وانظر «تاريخ الإسلام» ص ٣٦٠، ترجمة محمد بن الحسن.

(٣) «سير أعلام النبلاء» ٧/ ٤٢٥.

(٤) انظر: «الجواهر المضية» ٢/ ٧٠٨- ٧٠٩.

(٥) «سير أعلام النبلاء» ٨/ ١٩١.

***

هؤلاء أشهر أساتذة الإمام محمد، وليس من الميسور الإحاطة بجميع شيوخه في هذا المختصر، والذي يطّلع على «الموطأ» برواية الإمام محمد، و«كتاب الآثار»، و«كتاب الحجّة على أهل المدينة» يظهرله وفرة شيوخ الإمام محمد الشيباني، ومكانته في الحديث إلى جانب مكانته في الفقه والاجتهاد، وسرد الشيخ زاهد الكوثري في «بلوغ الأماني» من شيوخ الإمام محمد - غير ما ذكرنا سابقاً - أسماء نحو سبعين شيخاً، فيهم: الكوفي، والبصري، والمدني، والمكي، والواسطي، والشامي، واليمامي، ثم قال: «وغير هؤلاء من أهل تلك البلاد وغيرها، ولم يزهد في الرواية عن أقرانه وعمن هو دونه، كما هو شأن الأكابر في روايتهم عن الأصاغر»[1].

تلاميذه:

لقد أخذ العلم من الإمام محمد خلق كثير من العلماء والأئمة الأعلام، أثرى بهم العلم وانتشر في كل مكان، وأذكر باختصار أشهرهم وأكثرهم أخذا للعلم وتعليما للناس:

١ - الإمام الشافعي: وهو محمد بن إدريس بن العبّاس بن عثمان بن شافع، أبو عبدالله، القُرشي ثم المطلبي الشافعي المكّي، الإمام، عالم العصر، ناصر الحديث، فقيه الملة. ولد بغزّة سنة (١٥٠ هـ)، ومات أبوه إدريس شاباً. فنشأ بمكة.

من أجلّ تلامذة الإمام محمد، أشار إليه الذهبي بقوله: «وأفقه أصحاب محمد: أبو عبدالله الشافعي...»[2].

وأخذ العلم عن: مُسلم بن خالد الزنجي مفتي مكة، وداود بن عبدالرحمن العطّار، وسفيان بن عيينة، وسعيد بن سالم، وفُضيل بن عياض، وعدة.

وارتحل إلى المدينة، - وهو ابن نيف وعشرين سنة وقد تأهل للإمامة، فحمل عن مالك بن أنس «الموطأ» عرَضه من حفظه وحمل عن إبراهيم بن أبي يحيى فأكثر.

---

(١) «بلوغ الأماني في سيرة الإمام محمد بن الحسن الشيباني» ص٧، ٨.

(٢) «سير أعلام النبلاء» ٥/ ٢٣٦، ترجمة الإمام حماد بن أبي سليمان.

وأخذ باليمن عن مطرِّف بن مازن، وهشام بن يوسف القاضي، وطائفة، وببغداد عن: محمد بن الحسن فقيه العراق، ولازمه وحمل عنه وِقر بعير. وصنّف التصانيف، ودوّن العلم، وصنّف في أصول الفقه وفروعه، وبَعُد صيته، وتكاثر عليه الطلبة[1].

حدّث عنه: الحُميدي، وأبو عبيد القاسم بن سلاّم، وأحمد بن حنبل. . . ، وأبو يعقوب يوسف البُويطي، وأبو ثور إبراهيم بن خالد الكلبي، وحرملة بن يحيى، وإسحاق بن راهويه. يقول الشافعي: «حفظت القرآن وأنا ابنُ سبع سنين، وحفظت «الموطأ» وأنا ابن عشرة».

وقال المبرد: «كان الشافعي من أشعر الناس، وآدب الناس، وأعرفهم بالقراءات».

وقال أحمد بن حنبل: «الشافعي فيلسوف في أربعة أشياء: في اللغة، واختلاف الناس، والمعاني، والفقه»[2].

٢ - شعيب الكيساني (٢٠٤ هـ): شعيب بن سليمان بن سليم بن كَيْسان بن شعيب الكيساني، من أصحاب محمد وأبي يوسف. وهو والد سليمان الكيساني.

قال شعيب: «أملى علينا محمد بن الحسن، قال: قال أحد قضاتنا القاسم بن مَعْن: إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فجميع ما في البيت بينهما نصفَيْن.

وروى عنه ابنه أنه قال: أملى علينا أبو يوسف، قال: قال أبو حنيفة: لا ينبغي للرجل أن يحدث من الحديث إلا بما يحفظه، من يوم سمعه إلى يوم يحدث به[3].

٣ - أبو سليمان الجوزجاني (توفي بعد ٢٠٠ هـ): العلامة الإمام، أبو سليمان موسى بن سليمان الجوزجاني الحنفي، صاحب أبي يوسف ومحمد. حدّث عنهما، وعن ابن المبارك. وحدث عنه: القاضي أحمد بن محمد البِرتي، وبشر بن موسى، وأبو حاتم الرازي، وآخرون.

كان محدثاً ورعاً فقيهاً عاش للعلم ولازم العلماء، كان صاحب رأي وكان صدوقاً.

---

(١) «سير أعلام النبلاء» ١٠/ ٥ - ٧، ١٢.

(٢) «سير أعلام النبلاء» ١٠/ ١١، ١٧، ٤٥، ٥٧، ٨٠، ٨١.

(٣) انظر «الطبقات السنية» ٤/ ٧٣ برقم ٩٦٣، «الجواهر» ٢/ ٢٥٣، برقم ٦٤٦.

عرض عليه المأمون القضاء، فامتنع، واعتلّ بأنه ليس بأهل لذلك، فأعفاه، ونبل عند الناس لامتناعه[1].

وهو راوي كتب محمد بن الحسن الشيباني لاسيما «الأصل» والسير الصغير، وكتاب الرهن، وكتاب الصلاة، وكلها أخذها رواية عن شيخه محمد بن الحسن. [2]

٤ - خلف بن أيوب سنة (٢٠٥ هـ) : الإمام المحدّث الفقيه، مفتي المشرق، أبو سعيد العامري البلخي الحنفي الزاهد عالم أهل بلخ[3] ذكره ابن حِبّان «في الثقات»[4].

تفقه على أبي يوسف وابن أبي ليلى وزفر ومحمد بن الحسن، وصحب مدةً إبراهيم بن أدهم[5]. وروى عنه الإمام أحمد، وأبو كُريب ويحيى بن معين.

٥- إبراهيم المروزي (٢١٠ هـ) : إبراهيم بن رُستم، أبو بكر، المَرْوزي: أحد الأئمة الأعلام، سمع منصور بن عبدالحميد، وهو شيخ يروي عن أنس بن مالك، وسمع أيضاً مالك بن أنس، ومحمد بن عبدالرحمن بن أبي ذئب، وسفيان الثوري وغيرهم.

سئل عن يحيى بن معين، فقال: «ثقة»[6].

تفقه على الإمام محمد الشيباني وسمع من مالك وغيره وقدم بغداد غير مرة فروى عنه أئمة الحديث أمثال أحمد بن حنبل وغيره وعرض عليه المأمون القضاء فأبى.

٦ - أبو يعلى الرازي سنة (٢١١ هـ) : معلّى بن منصور الرازي، العلامة، الحافظ، الفقيه، أبو يعلى الحنفي، نزيل بغداد ومُفتيها.

---

(١) «سير أعلام النبلاء» ١٠/ ١٩٤ ، ١٩٥ ، ترجمة ١٤٢ .

(٢) «الفهرست» لابن النديم ص ٢٩٠ ، وفي «الفوائد البهية» ص ٢١٦ .

(٣) المصدر نفسه ٩/ ٥٤١ .

(٤) انظر: «تهذيب التهذيب» ٣/ ١٤٧ .

(٥) انظر: «تهذيب التهذيب» ٣/ ١٤٧ ، و«الطبقات السنية» ٣/ ٢٠٩ ، برقم ٨٣٥ ، و«الأنساب» للسمعاني، ترجمة الإمام محمد ٧/ ٤٣٤ .

(٦) انظر: «الطبقات السنية» ١/ ١٩٤ - ١٩٦ ، برقم ٣٧ ، و«الجواهر المضية» ١/ ٨٠ ، برقم ١٨ ، و«تاج التراجم» ص ٢-٣ ، و«الفوائد البهية» ص ١٦٧ .

وحدّث عن: عكرمة بن إبراهيم الأزدي وشريك القاضي ومالك بن أنس، وحماد بن زيد، وأبي عوانة، وهشيم، والليث بن سعد، وابن المبارك، والقاضي أبي يوسف، وتفقه به مدة، وكتب عنه خلق كثير، وأحكم الفقه والحديث(١). وحدّث عنه: أبو ثور الفقيه، ومحمد بن إسماعيل البخاري في غير «الصحيح»، ويعقوب بن شيبة وخلق كثير.

وقال أحمد بن كامل: «كان معلّى من كبار أصحاب أبي يوسف، ومحمد، ومن ثقاتهم في النقل والرواية»(٢)، وله «كتاب النوادر» رواها عن أبي يوسف ومحمد.

٧ - أسد بن الفرات (٢١٣ هـ): هو الإمام العلامة القاضي الأمير مقدّم المجاهدين أبو عبدالله، أسد بن الفرات بن سنان(٣).

روى عن مالك بن أنس «الموطأ» وعن يحيى بن أبي زائدة(٤)، ثم ارتحل إلى المشرق، فلقي من أصحاب أبي حنيفة أبا يوسف ومحمد بن الحسن، وسمع الفقه بمصر على عبدالرحمن بن القاسم، وعنه دوّن «الأسدية» وقدم بها القيروان، فسمعها خلق كثير، منهم سحنون وغيره، ثم أظهر مذهب أبي حنيفة وأخذه الناس عنه، وانتشرت إمامته(٥).

وكان أسد إمام العراقيين بالقيروان كافة، مشهوراً بالفضل والدين، وبذلك هو يعتبر حاملَ لواء فقه العراقيين، وفقه أهل المدينة بتلك الديار في آن واحد(٦)، ويعتبر أسد بن الفرات من أبرز تلاميذ الإمام محمد بن الحسن من أهل المغرب.

ولما حضر عنده أول مرة قال له: «إني غريب قليل النفقة والسماع منك نذر قليل والطلبة عندك كثر» فقال له الإمام محمد: اسمع مع العراقيين بالنهار وقد جعلت لك الليل

(١) «سير أعلام النبلاء» ١٠/ ٣٦٥ - ٣٦٦.

(٢) المصدر نفسه ١٠/٣٦٨، و«تاريخ بغداد» ١٣/ ١٩٠، و«تهذيب الكمال» للمزي لوحة ١٣٥٣.

(٣) «سير أعلام النبلاء» ١٠/ ٢٢٥.

(٤) «سير أعلام النبلاء» ١٠/ ٢٢٦.

(٥) «معالم الإيمان في معرفة أهل القيروان» لأبي زيد الدباغ وأبي الفضل التنوخي ٢/ ٣ - ٤ - ٥.

(٦) «معالم الإيمان» ٢/ ١٨.

وحدك فتبيت عندي وأسمعك».

قال أسد بن الفرات: «فكنت أبيت عنده وكنت معه في شقته وكان يسكن الدور العلوي فينزل إليّ ويجعل بين يديه قدحاً فيه ماء، ثم يأخذ القراءة فإذا أطال عليه الليل ورآني نعست ملأ يده ونضح في وجهي الماء فأنتبه، فكان ذلك دأبي ودأبه حتى أتيت على ما أريد من السماع» ولهذا يقول الشيخ أسد بن الفرات: «لا أعلم من أئمة العلم من كان يصبر صبر محمد بن الحسن الشيباني في تعليم تلاميذه ولا من يؤثر إيثاره في الإنفاق عليهم خلا أستاذه الأعظم أبي حنيفة النعمان».

وكان شجاعاً حازماً صاحب رأي. واستعمله زيادة الله الأغلبي على جيشه وأسطولة البحري ووجّهه لفتح جزيرة صقلية عام ٢١٢ هـ على رأس عشرة آلاف جندي فدخلها فاتحاً، وتوفي إثر جراحات أصابته وهو يحاصر سركوسة عام ٢١٣ هـ، ودفن فيها[١].

٨ - أبو حفص الكبير (٢١٧ هـ): أحمد بن حفص العجلي الكبير، المعروف بأبي حفص الكبير أحد كبار أصحاب الإمام محمد ورواة كتبه، ولُد سنة (١٥٠ هـ)[٢].

وذكره الإمام الذهبي في «السيَر» فقال: «أحمد بن حفص الفقيه العلامة، شيخ ما وراء النهر، أبو حفص البخاري الحنفي، فقيه المشرق، ووالد العلامة شيخ الحنفية أبي عبدالله محمد بن أحمد بن حفص الفقيه.

ارتحل، وصحب محمد بن الحسن مدّة، وبرع في الرأي، وسمع من وكيع بن الجراح، وأبي أسامة[٣]. وتفقه عليه طائفة كبيرة. توفي ببخارى سنة (٢١٧ هـ)[٤].

٩ - علي بن معبد (٢١٨ هـ): ابن شدّاد، الإمام الحافظ الفقيه، أبو الحسن وأبو محمد، العَبْديّ الرقي، من كبار الأئمة[٥]؛ ومن أصحاب محمد بن الحسن[٦].

---

(١) «الأعلام» للزركلي ١/ ٢٩٨.

(٢) «الفوائد البهية» ص ١٨.

(٣) «سير أعلام النبلاء» ١٠/ ١٥٧ - ١٥٩.

(٤) «سير أعلام النبلاء» ١٠/ ١٥٩.

(٥) المصدر نفسه ١٠/ ٦٣٠، برقم ٢١٩.

قال أبو حاتم: «ثقة»[1]. روى له الترمذي والنسائي[2].

وروى عن الإمام محمد «الجامع الكبير» و«الصغير» عرض عليه المأمون القضاء بمصر، فأبى وعتذر[3].

١٠ - عيسى بن أبان (٢٢٠ هـ): فقيه العراق، تلميذ محمد بن الحسن، وقاضي البصرة[4]. وكان عيسى سَهْلاً فقيهاً، سريع الإنفاذ للأحكام، وكان سخياً عفيفاً، ولي القضاء عشر سنين[5].

وله تصانيف وذكاء مفرط، وفيه سخاء وجود زائد[6]. قال أبو خازم القاضي: «ما رأيت لأهل البصرة حدثاً أذكى من عيسى بن أبان وبشر بن الوليد»[7].

ومن كتبه: «إثبات القياس»، و«اجتهاد الرأى»، و«الجامع» في الفقه، و«الحجة الصغيرة» في الحديث[8].

وعن محمد بن سماعة أنه قال: «كان عيسى بن أبان يصلي معنا - أي في المسجد الذي يصلي فيه الإمام محمد بن الحسن الشيباني ويقعد فيه لمجلس الفقه - وكنت أدعوه أن يأتي محمد بن الحسن، فيقول - عيسى بن أبان -: «هؤلاء قوم يخالفون الحديث، وكان عيسى حسنَ الحفظ للحديث، فصلى معنا يوماً الصبح - وكان يومَ مجلس محمد - فلم أفارقه حتى جلس في المجلس، فلما فرغ محمد أدنيته منه وقلت: هذا ابن أخيك أبان بن

---

(٦) انظر: «طبقات الفقهاء» للشيرازي ص ١٣٩، و«الجواهر المضية» ٢/ ٦٠٤.

(١) «الجرح والتعديل» ٦/ ٢٠٥.

(٢) «تهذيب الكمال» للمزي، لوحة ٩٩٢، «مخطوط»، تصوير دار المأمون للتراث بدمشق.

(٣) انظر: «سير أعلام النبلاء» ١٠/ ٦٣١ - ٦٣٢، و«تهذيب الكمال» لوحة ٩٩٣، و«الجواهر المضية» ٢/ ٢١٥.

(٤) «سير أعلام النبلاء» ١٠/ ٤٤٠، وانظر «الجواهر المضية» ٢/ ٦٧٨.

(٥) «أخبار القضاة» لوكيع ٢/ ١٧٠ - ١٧٢.

(٦) انظر: «سير أعلام النبلاء» ١/ ٤٤٠.

(٧) «طبقات الفقهاء» للشيرازي ص ١٣٧.

صدقة الكاتب، ومعه ذكاء ومعرفة بالحديث، وأنا أدعوه إليك فيأتي ويقول: إنا نخالف الحديث. فأقبل عليه - محمد - وقال له: «يا بنيّ ما الذي رأيتنا نخالفه من الحديث؟ لا تشهد علينا حتى تسمع منا. فسأله يومئذ عن خمسة وعشرين باباً من الحديث، فجعل محمد بن الحسن يجيبه عنها، ويخبره بما فيها من المنسوخ ويأتي بالشواهد والدلائل.

فالتفت - عيسى بن أبان - إليّ بعدما خرجنا فقال: «كان بيني وبين النور سِتراً فارتفع عني! ما ظننت أنّ في ملك الله مثل هذا الرجل يظهره للناس. ولزم محمد بن الحسن لزوماً شديداً حتى تفقّه به»[1].

١١ - هشام الرازي (٢٢١ هـ) : هشام بن عبيدالله الرازي السنيّ الفقيه، أحد أئمة السنة. وقال أبو حاتم: «صدوق، وما رأيت أحداً أعظم قدراً، ولا أجلّ من هشام بن عبيدالله بالريّ . . . »[2]. رافق الإمام محمّداً في سفر الحج من المدينة المنورة[3].

حدّث عن: ابن أبي ذئب، ومالك بن أنس، وحماد بن زيد، وحدّث عنه: بقية بن الوليد، ومحمد بن سعيد العطّار، وأبو حاتم الرازي . . . وطائفة سواهم.

وفي داره توفي الإمام محمد بالرّي[4].

١٢ - أبو عُبيد القاسم بن سلاّم (٢٢٤ هـ) : الإمام الحافظ المجتهد ذو الفنون، أبو عبيد، القاسم بن سلاّم بن عبدالله[5]. ولد سنة (١٥١ هـ)[6]، وصحب الإمامين أبا يوسف ومحمد بن الحسن[7]، ولازم الإمام الشافعي وكتب كتبه[8]. وهو من أئمة الاجتهاد[9].

---

(٨) انظر: «الأعلام» للزركلي ٥/ ٢٨٣.

(١) «تاريخ بغداد» ١١/ ١٥٨.

(٢) انظر: «سير أعلام النبلاء» ١/ ٤٤٦. - ٤٤٧، برقم ١٤٥.

(٣) «مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه» للذهبي ص ٨٦.

(٤) انظر: «سير أعلام النبلاء» ١/ ٤٤٧، و«طبقات الفقهاء» للشيرازي ص ١٣٨.

(٥) انظر: «سير أعلام النبلاء» ١/ ٤٩٠.

(٦) انظر: «طبقات النحويين» للزبيدي ص ٢٠٠، و«غاية النهاية» لابن الجوزي ١/ ٥٤٩، مشار إليهما في كتاب الدكتور سائد بكداش «أبو عبيد القاسم بن سلام» ص ٢٧.

وصنّف التصانيف المونقة التي سارت بها الركبان. ومنها: «غريب الحديث» المشهور المتداول، ومنها: «الغريب المصنَّف» من أجلّ كتبه في اللغة، وكتابه «الأموال» من أحسن من صنف في الفقه وأجوده[1].

١٣ - محمد بن سَماعة التميمي (٢٣٣ هـ) : قاضي بغداد، العلامة أبو عبدالله محمد بن سماعة بن عبيدالله بن هلال التميمي الكوفي، صاحب أبي يوسف ومحمد[2].

وُلد سنة (١٣٠هـ)، وكان إماماً فاضلاً صاحب اختيارات في المذهب وروايات، وهو من الحفّاظ الثقات[3]. وله المصنفات الحسان، ومن تصانيفه : «أدب القاضي» و«المحاضر والسجلات» و«النوادر» عن أبي يوسف[4].

ثناء الأئمّة على الإمام محمد الشيباني

نظرا إلى مناقب الإمام محمد العلمية والخلقية ومكانته السامية أشاد كبار الأئمة بفضائله وأكثروا بالثناء عليه، وأكتفي منها بما يلي:

- روي عن الإمام الشافعي رحمه الله ثناء بالغ في حق شيخه محمد الشيباني، بأسانيد صحيحة، كما هو مدوّن في تاريخ الخطيب، وكتاب ابن أبي العوام، وكتاب الصيمري، وتهذيب النووي، ومؤلفات الذهبي، ومناقب الكردري، والأنساب للسمعاني. فذكر الحافظ ابن عبد البر : «كان الشافعيّ رحمه الله يثني على محمد بن

---

(٧) انظر: «مناقب الإمام أحمد» لابن الجوزي ص ١١٣، مشار إليه في كتاب الدكتور سائد بكداش «أبو عبيد القاسم بن سلام» ص ٤٦، وانظر ترجمة الإمام محمد «مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه» للذهبي ص ٨٠، و«الوافي بالوفيات» للصفدي ٢/ ٣٣٢.

(٨) انظر: «الانتقاء في فضائل الأئمة الثلاثة الفقهاء» لابن عبدالبر ص ١٠٧.

(٩) انظر: «سير أعلام النبلاء» ١/ ٤٩١.

(١) المصدر السابق ١٠/ ٤٩٤.

(٢) انظر: «سير أعلام النبلاء» ١/ ٦٤٦.

(٣) «الوافي بالوفيات» ٣/ ١٣٩ - ١٤٠.

الحسن ويفضّله ويقول: ما رأيت قَطّ رجلا سميناً أعقلَ منه»[1].

- وحكى ابن العماد قول الإمام الشافعي: « لوأنصَفَ الناس الفقهاءَ لَعَلموا أنهم لم يَروا مثلَ محمد بن الحسن ، وما جالستُ فقيها قطّ أفقَهَ من محمد ، ولا فتق لساني بالفقه مثله ، لقد كان يُحسن من الفقه وأسبابه شيئا يعجز عنه الأكابر»[2].

- وقال الشافعي أيضا: «ما رأيت رجلا أعلم بالحلال والحرام والعلل والناسخ والمنسوخ من محمد بن الحسن»[3].

- وقال الشافعي: «ما رأت عيناي مثل محمد بن الحسن ، ولم تلد النساء مثله»[4].

- و يحكي الإمام الشافعي عن قوة عقله قائلا: «جالستُه عشر سنين، وحملتُ من كلامه حِمل جمل ، لو كان كلّم على قدر عقله ما فهمنا كلامَه، ولكنه كان يكلّمنا على قدر عقولنا». [5]

- وعن « الربيع بن سليمان ، سمعت الشافعي يقول: لو أشاء أن أقول: نزل القرآن بلغة محمد بن الحسن ، لقلته لفصاحته»[6].

- وقال الإمام أبو عبيد القاسم بن سلام: «ما رأيتُ أعلمَ بكتاب الله من محمد بن الحسن»[7].

- وذكر الحافظ الذهبي: «يحكى عن محمد بن الحسن ذكاء مفرط، وعقل تام، وسؤدد، وكثرة تلاوة»[8].

---

(٤) «الأعلام» للزركلي ٧/ ٢٤.

(١) «الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء» لابن عبد البر، ص١٧٤ ، «الأنساب» للسمعاني ٧/ ٤٣٤.

(٢) «شذرات الذهب» ٢/ ٣٢٣.

(٣) المصدر السابق.

(٤) «مناقب الكردري» ٢/ ١٤٩.

(٥) مناقب أبي حنيفة ٢/ ٤٢٩.

(٦) «مناقب أبي حنيفة وصاحبيه» للذهبي، ص٨٠.

(٧) المصدر السابق.

- وشيخه الإمام أبو يوسف رحمه الله، كان يقدّر زميله وتلميذه، ويعترف بفضله، جاء في «الأنساب»: «عن أبي جعفر الهِندُواني: يُحكى عن أبي يوسف أن محمد بن الحسن كتَب إليه من الكوفة - وأبو يوسف ببَغداد -: أما بعد، فإني قادم عليك لزيارتك، فلما ورد عليه كتاب محمد بن الحسن، خطب أبو يوسف ببغداد، وقال: إن الكوفة قد رمَت إليكم أفلاذ كبدها، فهذا محمد بن الحسن قادم عليكم، فهيّئوا له العلم»[1].

وقال الإمام أحمد بن حنبل: إنه أبصر الناس بالعربية[2].

منزلته العلمية:

لقد تبوأ الإمام محمد بن الحسن درجة رفيعة في العلم، ومكانة بارزة بين الأئمة، فقد كان فقيها مجتهدا في الفقه الإسلامي على منهج الإمام أبي حنيفة، المنهج الذي استكمله على أبي يوسف بعد وفاة أبي حنيفة رحمهم الله جميعا.

وأكبر شاهد على ذلك أنه توجد له أراء اجتهادية خاصة في بعض الفروع الفقهية، كما يدل ذلك على أنه كانت له أصول فقهية معينة، وقواعد ثابتة، وطرق استنباط خاصة في تلك الفروع، وإن لم يعثر على تلك الأصول والطرق منصوصا عليها عنه. إلا أن أكثرها عرفت باستقراء كثير من فروعه الفقهية من خلال كتبه وشروحها. فقد كان عالما بالكتاب ووجوهه، لأنه المصدر الأصلي في التشريع الإسلامي. وبالحديث المصدر الثاني بعد الكتاب. ويرجع الفضل بعد الله تعالى إلى محمد في نشر فقه أبي حنيفة بين الناس.[3] وانتهت رئاسة الفقه بالعراق إليه بعد الإمام أبي يوسف[4].

وكان غزير العلم، فقد روى الصيمري في وصفه: «أن منزلته في كثرة الرواية والرأي

---

(٨) «مناقب أبي حنيفة وصاحبيه» ص ٩٤.

(١) «الأنساب» للسمعاني ٧/ ٤٣٥.

(٢) المصدر السابق.

(٣) انظر: تاج التراجم ص ٢٣٧، الأعلام للزركلي ٦/ ٨٠، الفوائد البهية ص: ١٦٣.

والتصنيف لفنون علوم الحلال والحرام منزلة رفيعة يعظمه أصحابه جدا» .[1]

وحكي عن الإمام الشافعي أنه قال: «حملت عن محمد بن الحسن وقر بُختيّ كتبا»[2] أي حمل بعير ذكر. وقال «إني لأعرف الأستاذيّة عليّ لمالك، ثم لمحمد بن الحسن». وقال أيضا: «ما سألت أحدا عن مسألة إلا تبين لي تغير وجهه إلا محمد بن الحسن»[3].

ومما لاشك فيه أن أوّلياته العلمية المتميزة، وسَبقه في تصنيف الفقه الإسلامي وتدوينه من حيث سعة المسائل ودقّتها وغزارة مادتها وتنوع العلوم الفقهية، وسيادته في تخريج الفروع الفقهية على القواعد النحوية، وتأسيسه لعلم الفروق الفقهية، والاقتصاد الإسلامي والقانون الدولي الإسلامي يجعله حقيقا لأن يعدّ من أعظم رواد الفقه الإسلامي ونوابغه عبر التاريخ[4].

وفاته:

ولاه الخليفة هارون الرشيد منصب قاضي القضاة، حكاه الحافظ الذهبي قائلا: "ولي قضاء القضاة للرشيد، ونال من الجاه والحشمة مالا مزيد عليه"[5]، وحمله معه الرّي[6] سنة

---

(٤) مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه للذهبي ص ٧٩.

(١) أخبار أبي حنيفة وأصحابه ص ١٢٠، وانظر مناقب أبي حنيفة للكردري ٢/ ٤٢٦.

(٢) «تهذيب الأسماء واللغات» للنووي ص ٨١، تاريخ بغداد ٢/ ١٧٦، مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه للذهبي ص٨١، أخبار أبي حنيفة وأصحابه ص ١٢٣.

(٣) «مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه» ص ٨١. و«أخبار أبي حنيفة وأصحابه» ص ١٢٣، ١٢٥

(٤) وقد كشف الأستاذ الدكتور علي أحمد الندوي عن مقامه الاجتهادي، وبيّن أوّلياته العلمية، ومكانته في علم الفروق الفقهية، وتضلّعه في علم اللغة والنحو، وريادته في علم الاقتصاد الإسلامي والقانون الدولي الإسلامي، وقدّم نماذج من اتجاهاته الفقهية المستقلة، وفصّله خير تفصيل في كتابه: «الإمام محمد بن الحسن الشيباني نابغة الفقه الإسلامي» فليرجع ص ١٥٠ - ٢٢٢. كماتناوله بالتفصيل الأستاذ الدكتور محمد الدسوقي في الباب الرابع من كتابه «الإمام محمد بن الحسن الشيباني وأثره في الفقه الإسلامي». وانظر الكتاب الأول من سلسلة «أعلام الاقتصاد الإسلامي» للأستاذ شوقي أحمد دنيا.

(٥) «مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه» ص ٨٠.

١٨٩هـ، وكان يصحبه في رحلته إمامان عظيمان: أبو الحسن علي بن الكسائي النحوي، والإمام محمد بن الحسن الشيباني، فماتا بالريّ فقال الرشيد: دفنت الفقه والنحو بالري[(١)].

ونقل الذهبي عن تلميذه هشام الرازي ـ الذي توفّي محمد بن الحسن في بيته ـ قصة وفاته فقال: "حضرت محمدا وهو يموت فبكى، فقلت له: أتبكي مع العلم؟ فقال لي: أرأيت إن أوقفني الله تعالى فقال: ما أقدمك الريّ الجهاد في سبيلي أم ابتغاء مرضاتي؟ فماذا أقول؟ ثم مات رحمه الله"[(٢)].

---

(٦) «الرّي» مدينة كبيرة من بلاد الجبل أوبلاد الديلم، والنسبة إليها الرازي على خلاف القياس «تقويم البلدان» ص ٤٢٠ .

(١) «أخبار أبي حنيفة وأصحابه» ص ١٢٦ .

(٢) «مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه» ص ٤٩ .

مؤلفات الإمام محمد

إن كتب الإمام محمد رحمه الله تمثل المصادر الأولية الأساسية التي يعول عليها في المذهب الحنفي.

قال العلامة محمد أبو زهرة رحمه الله: «إن فقه أبي حنيفة خاصة، وفقه العراقيين عامة مدين لمحمد بن الحسن بكتبه، فهي التي حفظته وأبقته للأخلاف مرجعاً يرجع إليه، ومنهلاً يستقى منه»[1].

وكتب الإمام محمد الفقهية ليست كلها في درجة واحدة من حيث الثقة بها، بل يقسمها العلماء من هذه الناحية على قسمين:

القسم الأول: كتب ظاهر الرواية، ،هي المبسوط والسير الصغير والسير الكبير والجامع الصغير والجامع الكبير والزيادات وزيادات الزيادات، وتسمى "الأصول" وسميت بظاهر الرواية لأنها رويت عن محمد برواية الثقات، فهي ثابتة عنه، إما متواترة أو مشهورة[2].

والقسم الثاني: كتب الإمام محمد في الفقه لم ترو عنه برواية مشهورة وتسمى "النوادر" أو "غير ظاهر الرواية" لورود تلك الكتب بطريق الآحاد دون الشهرة والتواتر. منها: «الرقيات» و«الكيسانيات» ويقال لها "الأمالي" و«الهارونيات» و«الجرجانيات» و«كتاب النوادر» و«كتاب الكسب» وغيرها[3].

وهناك ثلاثة كتب أخرى من مؤلفات الإمام محمد يمكن إلحاقها بالقسم الأول

---

(١) «أبو حنيفة، حياته وعصره، آراؤه وفقهه» لأبي زهرة ص ٢١٩.

(٢) انظر «شرح عقود رسم المفتي» لابن عابدين، ص ١٩.

(٣) انظر: «بلوغ الأماني» ص ٦٤.

لشهرتها و أهميتها والاعتماد عليها، وهي: «موطأ الإمام محمد» في الحديث، و«كتاب الآثار» في الحديث، و«كتاب الحجة على أهل المدينة» في الحديث والفقه المقارن[1].

والقسم الأول هو عماد النقل والمرجع الأساسي والمعول عليه في الفقه الحنفي، ولذلك عني الفقهاء به من القديم. لذا أكتفي هنا ببيان كتب ظاهر الرواية فقط.

١ ـ «كتاب الأصل» المعروف بالمبسوط للإمام محمد:

روي هذا الكتاب من تلاميذه بطرق عديدة، ومن أشهرها روايةُ أبي سليمان الجوزجاني[2]، وهي التي انتشرت وأصبحت متداولة بين أهل العلم[3].

سلك الإمام محمد بن الحسن في تصنيف «المبسوط» مسلك أخذ المواضيع الفقهيه موضوعا موضوعا مستقلا، كل موضع منها مستقل عن الآخر، واعتبر كل موضوع من تلك المواضيع وحدة جامعة للمسائل المتفرعة منه، فأصدر كتبا كتبا بحسب الموضوعات الفقهيه: الصلاة، والزكاة، والمناسك، والصرف والرهن والشفعة، والوكالة، والإقرار، ونحو ذلك إلى عامة أبواب الفقه، كما أوردها ابن النديم في الفهرست.

ولما جمعت تلك الكتب وضم بعضها إلى بعض تكونت منها مجموعة تصانيف، محتوية على أبواب الفقه بتفاريعها وتفاصيلها فأطلق على تلك المجموعة الكاملة اسم شامل لمجموعها: هو اسم «المبسوط»[4].

---

(١) انظر: «الإمام محمد بن الحسن الشيباني نابغة الفقه الإسلامي» للدكتور علي أحمد الندوي ص ١٤٢ - ١٤٤.

(٢) تقدم ترجمته في تلاميذ الإمام محمد.

(٣) انظر: «عمدة ذوي البصائر شرح الأشباه والنظائر» لابن بيري، إبراهيم بن حسن ق ٤/ب، رسم المفتي ١/ ٢٦.

(٤) وجدير بالذكر أن القدر المطبوع من كتاب الأصل لايبلغ أكثر من عُشري الكتاب، أما الباقي فلايزال مخطوطا غير متناول لأهل العلم، ومانشر إلى الآن من تحقيق الشيخ أبي الوفاء الأفغاني وتحقيق الدكتور مجيد خدوري هو ستة عشر كتب فقهية فقط، المطبوعة في خمسة أجزاء، وإن كتاب الأصل يحتوي على ٥٣ كتب فقهية، عدّها الشيخ أبو الوفاء الأفغاني في مقدمته نقلا عن

ولذلك فإن الفقهاء يذكرونه بهذين الاعتبارين؛ فمرة يعتبرونه كتابا واحداً، وأخرى يعتبرونه جملة كتب فيقولون: قال محمد في كتاب العارية أو قال محمد في كتاب الوديعة، ويعنون بذلك كتابا من مجموعة كتب المبسوط. وهذا مادرج عليه الإمام قاضي خان في كتابه «شرح الزيادات».

أما منهج الكتاب الذي سار عليه الإمام محمد فأفصحه في فاتحة الكتاب قائلا: «قد بينت لكم قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقولي، وما لم يكن فيه خلاف فهو قولنا جميعا»[1]. فذلك دأبه في الكتاب حيث يسرد الفروع على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف مع بيان رأيه في المسائل

ومن أبرز مزاياه أنه يتناول المسائل الفقهية بأسلوب رائع مع الجزالة والسهولة في التعبير، ويدعمها بالأدلة في كثير من المسائل، ولايسرد الأدلة إذا كانت الأحاديث والآثار الدالة على المسائل في متناول جمهور الفقهاء، إنما يسردها في مسائل تغرب أدلتها على أكثرهم.

وهذا أوسع كتب الإمام محمد وأغزرها مادة، واهتم ببيان الفرق بين المسائل المتشابهة ظاهراً والمختلفة باطناً، لاتحاد المناط أو اختلافه.

٢ - «الجامع الصغير»:

ويروى في سبب تأليفه أن الإمام أبا يوسف طلب من الإمام محمد أن يجمع له كتاباً يرويه عنه عن أبي حنيفة، فجمعه له، ثم عرضه عليه، فأعجبه[2].

وقال العلامة عبد الحي اللكنوي (١٣٠٤ هـ) نقلاً عن الإمام قاضيخان (٥٩٢ هـ): «اختلفوا في مصنف «الجامع الصغير»، قال بعضهم: من تأليف أبي يوسف ومحمد؛ وقال بعضهم: هو من تأليف محمد، فإنه حين فرغ من تصنيفه «المبسوط»، أمره أبو يوسف أن

«الفهرست» لابن نديم.

(١) مقدمة «كتاب الأصل» ١/ ٢.

(٢) انظر: «رسْم المفتي» لابن عابدين ١/ ١٩.

يصنف كتاباً ويروي عنه، فصنّف، ولم يرتب، وإنما رتّبه أبو عبداله الحسن بن أحمد الزعفراني الفقيه الحنفي[1]. ثم عدَّل الإمام أبو طاهر الدباس أحد أقران الإمام الكرخي في ترتيب الكتاب مرّة أخرى»[2].

ومما يدل على عظم شأن هذا الكتاب أن الإمام أبا يوسف كان لا يفارقه في حضر ولا سفر[3].

وأشاد فقهاء المذهب بفضله كثيراً، فقالوا: «مشايخنا كانوا يعظّمون هذا الكتاب تعظيماً، ويقدّمونه على سائر الكتب، وكانوا يقولون: لا ينبغي لأحد أن يتقلّد القضاء ما لم يحفظ مسائل هذا الكتاب»[4].

ونظراً لأهمية الكتاب تبارت في شرحه أقلام فقهاء المذهب عبر القرون، فوفدت إلينا شروح كثيرة، إذ بلغ عددها أربعين شرحاً. وقد استقصى العلامة عبدالحي اللكنوي ذكر شراحه[5]، وجلّهم جهابذة المذهب، ومنهم الإمام قاضي خان رحمه الله.

٣ - «الجامع الكبير» :

---

(١) وبسط اللكنوي ترجمته في «كتائب أعلام الأخيار»، برقم ٢٠١، ومما أورده قوله: «كان شيخاً إماماً في الفقه، ثقة، رتب الجامع الصغير الذي صنفه الإمام محمد بن الحسن الشيباني، ترتيباً حسناً، وميّز خواص مسائل محمد عما رواه عن أبي يوسف، وجمعها على أحسن ترتيب، وألطف نظام، وجعله مبوباً، ولم يكن الجامع الصغير قبل مبوباً بترتيب المسائل».
وجاء في «كشف الظنون» أن المترجم توفي سنة عشر وستمائة تقريباً، حاشية المحقق: الدكتور محمد عبدالفتاح الحلو، «الجواهر المضية في «طبقات الحنفية» ٢/٤٦، برقم ٤٣٤، وانظر «النافع الكبير لمن يطالع الجامع الصغير» ص ٢٢.

(٢) انظر: «بلوغ الأماني» ص ٦٢.

(٣) المصدر نفسه ص ٢٣.

(٤) «شرح الجامع الصغير» ق ١، لحسام الدين عمر بن عبدالعزيز البخاري، نسخة مصورة عن مكتبة أحمد الثالث باستنبول، محفوظة بمركز البحث العلمي جامعة أم القرى مكة المكرمة برقم ٥١،

(٥) انظر: «النافع الكبير لمن يطالع الجامع الصغير» ص ٣٣ - ٤٥.

«الجامع الكبير» من أهمّ مصنفات الإمام محمد وأعمقها وأدقّها فقها، ويعتبر من اجلّ كتب ظاهر الرواية لاحتوائه على مسائل عَويصة وفروق فقهية دقيقة، وهذا الكتاب يمثل ظاهرة التتعليل وضبط الفروع بالأصول خير تمثيل، وكان يحتار في فهمه كبار العلماء، ولذا كان يعدّ معيارا لدى الفقهاء يختبر به تفاوت مداركهم ومبلغ يقظتهم في الفقه. يقول الإمام السرخسي رحمه الله: «من أراد امتحان المتبحرين في الفقه، فعليه بأيمان الجامع». [١]

وروى ابن أبي العوام بسنده عن الأخفش ثناء بالغا في حق هذا الكتاب[٢].

وقال عنه ابن شجاع: «لم يؤلف في الإسلام مثله في الفقه»[٣].

وقال عنه الامام أبو بكر الرازي في شرحه للجامع الكبير: كنت أقرأ بعض مسائل من الجامع الكبير على بعض المبرزين في النحو (يعني أبا علي الفارسي) فكان يتعجب من تغلغل واضع الكتاب في النحو[٤].

وروى الجامع الكبير جماعة من أصحاب الإمام محمد، ومن أشهر رواة الكتاب: أبو سليمان الجوزجاني، وأبو حفص الكبير، وعلي بن معبد ابن شدّاد، وهشام بن عبيدالله الرازي، ومحمد بن سَماعة التميمي.

وصنف الإمام محمد الجامع الكبير مرتين: صنفه أولا فرواه عنه أصحابه، ثم أعاد النظر فيه ثانيا، فزاد فيه أبوابا ومسائل كثيرة، وصاغ عباراته في كثير من المواضع حتى صار أحسن لفظا وأغزر معنى، فرواه عنه أصحابه ثانيا[٥].

ونظرا إلى صعوبة الكتاب ودقته شرحه عشرات من الأئمة المتقدمين والمتأخرين،

---

(١) شرح السير الكبير ١/ ٢٥٢.

(٢) انظر مقدمة «الجامع الكبير» ص ٢ للأستاذ أبي الوفاء الأفغاني.

(٣) انظر: «بلوغ الأماني» ص ٦٣.

(٤) انظر: «بلوغ الأماني» ص ٦٣.

(٥) انظر «أبو حنيفة، حياته وعصره، آراؤه وفقهه» لأبي زهرة ص٢٣٨.

منهم الإمام الطحاوي والكرخي والجصاص الرازي والبزدوي والسرخسي وقاضي خان وغيرهم ولم تزل تلك الشروح مخطوطات محفوظة في خزانات العالم[1].

٤ - «السير الصغير» :

وهو أول كتاب ألّف في علم القانون الدولي ككتاب مستقل وصل إلينا[2].

وهذا الكتاب يرويه محمد عن شيخه أبي حنيفة، يقول محقق الكتاب في تقديمه: يبدو كأن هذا الكتاب (أي السير الصغير) عبارة عن تلخيص ما ورد في كتاب أستاذه الإمام أبى حنيفه فى علم السير الذى أملاه على تلامذته وأصحابه، ويجدر بالذكر منهم الإمام أبو يوسف والإمام محمد بن الحسن الشيبانى والإمام زفر وأبو إسحاق الفزارى وغيرهم، فرووا عنه هذا الكتاب، وزادوا فيه، ورتّبوه بترتيبات مختلفة وهذّبوه حتى نسبت هذه الترتيبات الجديدة كلهاإلى أصحابها، ولم يصل إلينا منها إلا كتاب الشيبانى بكامله وبعض الأجزاء من كتاب أبى إسحاق الفزاري[3].

وهذا الكتاب هو الذي أودعه بكامله الحاكم الشهيد الإمام أبو الفضل محمد بن محمد المروزي في كتابه «المختصر» المعروف بالكافي في فروع الحنفية، الذي لخّص فيه كتب ظاهر الرواية، وشرحه الإمام السرخسي في المبسوط.

٥ - «السير الكبير» :

هذا الكتاب آخر تصنيف صنّفه الإمام محمد من كتب ظاهر الرواية[4]، يقول الفقيه

---

(١) وقد أجاد وفصّل الدكتور علي أحمد الندوي في التعريف بهذ الكتاب وبيان خصائصه ومزاياه فليرجع «الإمام محمد بن الحسن الشيباني نابغة الفقه الإسلامي» ص ٩٤-١٣٢ .

(٢) وحقّقه استاذنا الفاضل الدكتور محمود أحمد غازي على إحدى عشرة نسخة خطية، وقدّم له بدراسة وافية في اللغة الانكليزية، كما ترجمه إلى اللغة الانكليزية. ونشره مجمع البحوث الإسلامية، الجامعة الإسلامية العالمية إسلام آباد ١٩٩٨ .

(٣) «كتاب السير الصغير» بتحقيق الأستاذ الدكتور محمود أحمد غازي صفحة: (و) .

(٤) انظر: «شرح السير الكبير» للسرخسي ١/ ١ .

ابن بيري: «إذا كانت الواقعة مختلفاً فيها، فالأفضل والمختار للمجتهد أن يأخذ بالدلائل، وينظر إلى الراجح عنده، والمقلّد يأخذ بالتصنيف الأخير وهو «السير»[١].

وقد احتفى الرشيد بهذا الكاب جداً، وأسمعه ابنيه الأمين والمأمون[٢].

وهذا الكتاب من جملة الكتب التي تبرز فيها شخصية الإمام محمد محدّثاً وراويةً فنراه يوثّق كلّ قول بنصوص وآثار.

ومن الموضوعات التي اعتنى بها كثيراً في هذا الكتاب موضوع «الأمان»، فقد عقد باباً مفصلاً فيه، وأفاض في بحثه، وبنى مسائله على أصول فقهية ونحوية مهمة. ولذلك نوّه الإمام السرخسي بهذا الجانب في شرح الكتاب، فقال: «اعلم بأن أدق مسائل هذا الكتاب ألطفها في أبواب الأمان، فقد جمع بين دقائق علم النحو ودقائق أصول الفقه .... وقيل: ... من أراد امتحان المتبحرين في النحو والفقه فعليه بأمان السير»[٣].

كما تعرّض الشيباني لموضوع السير في آخر كتاب الزيادات أيضا،

وكان من منهج الإمام السرخسي في شرحه أنه يغض النظر عن ذكر المسائل التي سبق بيانها في «شرح الزيادات»[٤] له، أو المبسوط[٥]، ولذلك لما وصل إلى «باب ما يكره في التفريق بين الرقيق في البيع»، اكتفى بقوله: «قد مر هذا الباب في «الزيادات» على هذا النظم والترتيب»[٦].

وقال في «باب الأسير والمفقود وما يصنع بما لهما».... «اعلم بأن أكثر مسائل هذا

---

(١) «عمدة ذوي البصائر على الأشباه والنظائر» لابن بيري ص / ٣ ب.

(٢) «بلوغ الأماني» ص ٦٤.

(٣) «شرح السير الكبير» للسرخسي ١ / ٢٥٣، باب أمان الحر المسلم والصبي والمرأة والعبد والذمي.

(٤) أشار السرخسي إلى كتابه «شرح الزيادات» في مواضع من كتابه المبسوط انظر ٨/ ١٢٢، ٢١/ ٣٦، ٢٣/ ٨٥، ٢٥/ ١٤٧.

(٥) انظر «الجزء العاشر من المبسوط» من ص ٢-١٤٤.

(٦) «شرح السير الكبير» ٥/ ٢٠٧٥٥.

الباب قد بيناها في «شرح المختصر» في كتاب المفقود، وإنما نذكر ههنا ما لم نبينه ثمة»[1].

تبين من هذين النصين أن الإمام السرخسي رحمه الله حرص كلّ الحرص على أن يتحاشى عن التكرار ويضيف في أثناء الشرح بحوثاً ومسائل جديدة لم ينبه إليها في «شرح الزيادات» والمبسوط.

والملحوظ أنه لم يصل إلينا متن الكتاب المذكور بنصه المنقول من الراويين، والذي بين أيدينا هو ما أملاه الإمام السرخسي مع شرحه المذكور.

وقد شرحه الإمام أبو الحسن علي بن الحسين السغدي «٤٦١ هـ» صاحب النتف في الفتاوى كما نص على ذلك الإمام قاضيخان في مواضع من فتاواه[2].

٦ - «الزيادات» :

وهذا الكتاب الذي نحن بصدد إحيائه وتحقيقه متضمنا في «شرح الزيادات» للإمام قاضي خان، وقد أفردت له مبحثا مستقلا في الفصل الثالث.

٧- «زيادات الزيادت» :

ألفه بعد إملائه الزيادات على الجامع الكبير استدراكا لما فاته من المسائل. وهو كتاب وجيز يحتوي على سبعة أبواب وهي :

١- باب طلاق السنة يقع بالو كالة وبالجعل وغيره.

٢- باب من الطلاق والعتاق في الصحة والمرض.

٣- باب قسمة الكيلي من الصنفين بعضه شراء ببعض.

٤- باب من المورايث التي تكون فيها وصية فتبطل الميراث.

٥- باب شراء الرجل ابنه بابنه وهما عبدان وغير ذلك.

٦- باب الولد يكون بين الرجلين الكافرين أحدهما تغلبي والآخر ليس بتغلبي.

٧- باب من صلاة التطوع التي تستقيم أن تكون بإمام أو لاتستقيم.

---

(١) المصدر نفسه ١٩٠١/٥.

(٢) «فتاوى قاضي خان» مطبوع على هامش الفتاوى الهندية ١/ ٣٣٢.

وقد شرحه شمس الأئمة السرخسي، وسمّاه «النكت»، كما شرحه الإمام العتّابي، وقد طبع الكتاب ممزوجا مع هذين الشرحين باهتمام الأستاذ الشيخ أبي الوفاء الأفغاني في حيدرآباد، سنة ١٣٧٨هـ.

أسانيد كتب الإمام محمد :

ومما تجدر الإشارة إليه أن كتب الإمام محمد بن الحسن تتميّز بكونها مروية بأسانيدها، فتذكر في غالب الأثبات والمعاجم على اختلاف القرون أسانيد كثيرة من كتب محمد بن الحسن، منها الآثار والمسند والموطا والأصول الستة له.

وكان العلامة الجمال الحصيرى تلميذ قاضي خان انفرد في عصره برو ايتها سماعا بعلو عن الحسن بن منصور الأوز جندي، عن الظهير الحسن المرغيناني عن عمه أبى القاسم محمد بن عبد العزيز عن شمس الأئمة السرخسى بأسانيده المروية في الكتب الستة وعن الحصيرى يرويها الصدر سليمان الاذرعى وعنه الشمس السروجى وعنه القطب عبد الكريم الحلبى وعنه عبد القادر القرشى وعنه القاضى الزين المراغى وعنه يحيى بن محمد الآقصرائى وعنه البرهان الكر كى وعنه السراج الحانوتى وعنه ابنه محمد وعنه الخير الرملى.

قال العلامة الكوثري بعد أن ساق هذا السند: "وأسانيد مشا يخنا إليه مدونة في الأثبات، لكن لا بأس في أن نشيرهنا الى أسانيدنا في كتب محمد بن الحسن المذكورة. . . ثم ذكر سنده مفصلا إليه[1].

وذكره الحافظ القُرشي في ترجمة أحمد بن إبراهيم بن عبدالغني بن أبي إسحاق، السروجي[2]

(١) انظر «بلوغ الأماني» ص ٦٧ - ٦٨ .

(٢) «الجواهر المضية» ١/ ١٢٥ - ١٢٦ .

الفصل الثاني

ترجمة الإمام فخر الدين قاضي خان
صاحب شرح الزيادات

١- اسمه ونسبه ونسبته

٢- كنيته ولقبه وشهرته

٣- مولده وموطنه ووفاته

٤- اسرته ونشأته

٥- عصر الإمام قاضي خان

٦- مشايخه

٧- تلامذته

٨- سند الإمام قاضي خان في الفقه

٩- منزلة قاضي خان بين الفقهاء الحنفية وثناء العلماءعليه

١٠- تصحيح قاضي خان معتمد ومقدم

الفصل الثاني

ترجمة الإمام قاضي خان

اسمه ونسبه ونسبته:

هو الإمام حسن، بن منصور، بن شمس الأئمة محمود، بن عبد العزيز، بن عبد الرزاق، بن أبي نصر، بن جعفر، بن سليمان[(١)]، الملقّب بفخر الدين، المعروف بقاضي خان، الأوزجندي، الفرغاني، البخاري.

كنيته ولقبه وشهرته:

كنيته: «أبو المفاخر» أو «أبو المحاسن»[(٢)].

لقبه: «فخر الدين»، و«قاضي خان»، يكاد يتفق أهل التراجم على ذلك، فترجم له كمال الدين ابن الفوطي في الملقبين بفخر الدين[(٣)].

أما لقبه المعروف «قاضي خان» فهو مما انفرد به واشتهر، حتى غلب على اسمه هذا اللقب، فصار معروفا به عند عامة الفقهاء وأصحاب التراجم، قديما وحديثا، يذكرونه دائما بهذا اللقب، وذكره القرشي في كتاب الألقاب من «الجواهر المضية»[(٤)]، وكذلك

---

(١) إن معظم أصحاب التراجم اكتفوا عند ذكر نسبه على: "حسن بن منصور بن محمود بن عبد العزيز" فقط، وما أكملته فذلك بعد التتبع في نسب أجداده في كتب التراجم.

(٢) «تلخيص مجمع الآداب» لابن الفوطي ٢/ ١٥٣، «الطبقات السنية»، رقم الترجمة ٢٤٢٠. «مفتاح السعادة» لطاش كبري زاده ٢/ ٢٧٨، «معجم المؤلفين» رقم الترجمة ٤٤٧٠، ١/ ٥٩٤.

(٣) «تلخيص مجمع الآداب في معجم الألقاب» لكمال الدين أبي الفضل عبد الرزاق بن تاج الدين أحمد المعروف بابن الفوطي الشيباني الحنبلي، (٦٤٢ هـ - ٧٢٣هـ) ٢/ ١٥٣.

(٤) «الجواهر المضية» ٤/ ٤٢٥.

اللكنوي في الخاتمة / الفصل الأول في تعيين المبهمات[1].

وبما أن لقبه هذا غلَب على اسمه الحقيقي، لذا نسبت إليه فتاواه الشهيرة، فاشتهرت باسم: «فتاوى قاضي خان» و «الفتاوى الخانية»، ثم غلب على بعض المتأخرين من الفقهاء اختصار اسم هذا الكتاب، فيذكرون عند إحالاتهم إليه: "وفي قاضي خان" أو: "وفي الخانية"[2].

ثم إنه لم يفصح المؤرّخون عن وجه شهرته بهذا اللقب، إلا أن الظاهر أن سبب شهرته هو توليته منصبَ القضاء، حتى أصبح «قاضي القضاة»[3]، كما يشعر إليه كلام تلميذه الجليل الإمام الحَصيري، وكلام ابن الفوطي، وسوف أتحدث عنه فيما بعد.

مولده وموطنه ووفاته:

مولده:

لم يتطرق المؤرخون وأصحاب التراجم إلى ذكرتاريخ ميلاده، إلا أنه يُستوحى من تاريخ وفيات مشايخه أن ولادته كان في العقد الثاني من القرن السادس، حيث إنه تفقّه على شيخه ابراهيم الصفّار وهومن أقدم شيوخه، وقد كانت وفاة الصفار المذكورسنة

(١) «الفوائد البهية» ص٢٣٨.

(٢) نجد أمثلة على ذلك بكثرة في «حاشية ابن عابدين» و«الفتاوى التتارخانية» و«الفتاوى الهندية» وغيرها من كتب الفتاوى والشروح.

(٣) «القاضي»: اسم لوظيفة إلا أنه استعمل كلقب فخري في أواخر العصر الفاطمي وعصر الأيوبيين والمماليك، حين كان يطلق على العلماء وموظفي الدولة عموماً سواء كانوا متصدرين لوظيفة القضاء أم لغيرها، وجرى عرف العامة على ذلك، وأول من عرف بهذا اللقب سلمان بن ربيعة الباهلي، وهو أول قاض بالكوفة استقضاه عمر بن الخطاب، وأبو أمية شريح بن الحارث القاضي، وأبو يوسف يعقوب بن إبراهيم القاضي صاحب أبي حنيفة، وهو أول من سمّي «قاضي القضاة». انظر «الألقاب الإسلامية في التاريخ والوثائق والآثار»دكتور حسن الباشا ١٩٩٧، مكتبة النهضة المصرية ص ٤٢٤. «اللباب في تهذيب الأنساب» لعز الدين ابن الأثير الجزري» ٣/ ٨.

٥٣٤هـ[1]، فلوفرضنا أن قاضيخان حين تتلمذِه على الصفَّار كان عمره في حدود العشرين - وهو الغالب - لوصلنا إلى نتيجة أن ميلاده كان في العقد الثاني - والله أعلم.

موطِنه:

ولد الإمام قاضي خان في أوزجند، وإليه ينسب الأوزْجَنديّ: نسبة إلى أوزْجَند، بالضم والواو والزاي ساكنان، ويقال فيه: الأوزكندي، نسبة إلى أوزكند، بلد بما وراء النهر من نواحي فَرغانة، وهي آخر مدن فرغانة، و «كند» معناه القرية بلغة أهل تلك البلاد، كما يقول أهل الشام: «الكَفْر»[2].

الفَرْغَاني: بفتح الفاء وسكون الراء وفتح الغين المعجمة، هذه النسبة إلى موضعين أحدهما: إلى فرغانة، وهي ولاية وراء الشاش من بلاد المشرق، وراء نهر جيحون وسيحون[3].

والثاني إلى فرغان. قرية من قرى فارس، ينسب إليها أبو الفتح محمد بن إسماعيل الفارسي الفَرغاني[4].

والإمام قاضي خان من فَرغانة الأولى، وهي الآن أهمّ مقاطعة في الجمهورية الإسلامية أوزبيكستان، وكانت فرغانة مسقط رأس العلماء الأجلاء في الإسلام، ينسب إليها كثير من العلماء[5].

---

(١) «الفوائد البهية» ص٧، ويأتي ترجمة إبراهيم الصفار عند ذكر مشايخ قاضي خان.

(٢) «معجم البلدان» ١/ ٢٨٠.

(٣) جيحون وسيحون: نهران عظيمان يسمّيان اليوم «أموداريا» و«سرداريا»، ومنابعهما من أواسط آسيا، وطولهما على الترتيب ١٨٥٠ كم و ٢٧٠٠ كم، وترفدهما أنهار كثيرة، ومعظم مجراهمافي أراضي الاتحاد السوفياتي، ويصبّان في بحيرة خوارزم التي تسمى اليوم «بحر آرال». انظر معجم البلدان، وبلدان الخلافة الشرقية ص: ٤٧٧، ٥١٦، ٥٢١.

(٤) «اللباب في تهذيب الأنساب» لعز الدين ابن الأثير الجزري، ٢/ ٤٢٢.

(٥) مثل أحمد بن كثير الفرغاني، عاش في عهد الخليفة المتوكل ٢٤٧هـ، وله أثر خالد في علم الهيئة. ومنهم أبو جعفر بن محمد بن عبدالله الفرغاني الصوفي نزل بغداد، وصَحب الجنيد.

وفاته:

قال الإمام الذهبي: «بقي إلى سنة تسع وثمانين وخمس مائة، فإنه أملى في هذا العام»[1]، وترجم له الذهبي في المتوفين على التقريب من أهل الطبقة التاسعة والخمسين من «تاريخ الإسلام»[2]، إلا أن عامة المترجمين له من أبي الوفاء القرشي، وتقي الدين التميمي، وابن العماد الحنبلي، والكفوي، واللكنوي اتفقوا على أنه توفي سنة اثنتين وتسعين وخمس مائة من الهجرة، وأضاف القرشي والتميمي أنه توفي ليلة الإثنين، خامس عشر من شهر رمضان المبارك، ودُفن عند القضاة السبعة[3].

اسرته ونشأته:

نشأ الإمام قاضي خان ببخارى[4] التي كانت «مجمع الفقهاء ومعدن الفضلاء»[5]، ومركزهم العلمي، وكانت مكتظّة بفطاحل العلماء وجهابذتهم، (كما يتبين من أسماء بعض علماء منطقة بخارى في تلك الفترة الزمنية ذكرتها تحت عنوان: "عصر الإمام قاضي خان")، وقد ذكر بعض المؤرخين أن هذه المدينة الواسعة كان «المسجد الجامع بها معدوم

انظر بقية علماء فرغانة في «الأنساب» للسمعاني ٤/ ٣٦٧، ٣٦٨. و«اللباب في تهذيب الأنساب» لعز الدين ابن الأثير الجزري، ٢/ ٤٢٢. و«تاريخ بخارى» لأبي بكر محمد بن جعفر النرشخي ٣٤٨هـ عرّبه عن الفارسية وحقّقه الدكتور أمين عبد المجيد بدوي، ص ٢٨.

(١) «سير أعلام النبلاء» ٢١/ ٢٣٢.

(٢) «تاريخ الإسلام» ٤٠/ ٣٩٨.

(٣) انظر «الجواهر المضية» برقم ٤٨٦، ٢/ ٩٥ و«الطبقات السنية» برقم ٧٢٥، ٣/ ١١٧، و«الفوائد البهية» ص ٦٥، «كتائب أعلام الأخيار» للكفوي برقم ٣٨١، «شذرات الذهب» للمؤرخ الفقيه ابن العماد الحنبلي ٤/ ٣٠٨، «تاج التراجم» لقاسم ابن قطلوبغا، برقم ٨٩، ص ٨٢.

(٤) بخارى: من أعظم مدن ما وراء النهر وأجلّها، افتتحها سعيد بن عثمان بن عفّان في أيام معاوية رضي الله عنهم، وكانت مجمع الفقهاء، ومعدّن الفضلاء، ومنشأ علوم النظر. انظر: «معجم البلدان» لياقوت الحموي ١/ ٣٥٣.

(٥) «آثار البلاد وأخبار العباد» للقزويني، ص ٥١٠ دار صادر.

المثال، كثير الاحتفال»[1].

ولكن مما يؤسف له أن المؤرخين له لم يبسطوا القول عن نشأته وتلقيه العلم، رغم أنه تربّى في أسرة علميّة عريقة، عرفت بالعلم والفقه والقضاء، فأبوه كان عالما وقاضيا[2].

أما جدّه شمس الأئمة محمود بن عبد العزيز، وعمّه الحسن بن علي ظهير الدين المرغيناني، فكانا علَمين بارزين في قائمة مشايخه، وكذلك جدّ أبيه كان من كبار الفقهاء، وفيما يلي أذكر باختصار بعض فقهاء أسرته الكبار:

١- عبد العزيز بن عبد الرزاق، بن أبي نصر بن جعفر بن سليمان، الإمام، المرغيناني، (والد جدّ قاضي خان) روى عنه أولاده[3].

ونقل القرشي عن أبي سعد قال: كان له ست بنين، كلهم يصلح للفتوى والتدريس، فإذا خرج مع أولاده، قالوا: سبعة من المفتين خرجوا من دار واحدة.

مات بمرغينان سنة سبع وسبعين وأربعمائة، وقال الكفوي: وأشهر أبنائه أبو الحسن ظهير الدين على بن عبد العزيز، وشمس الأئمة محمود الأوزجندى، وأشار اللكنوي إلى هذه الأسرة العلمية قائلا: "يأتى ذكر ابنه عن قريب، وابنه محمود الأوزجندى جد قاضى خان حسن بن منصور بن محمود فى حرف الميم إن شاء الله تعالى"[4].

٢- محمود بن عبد العزيز بن عبد الرزاق، الملقب بشمس الأئمة، الأوزجندى، جد قاضى خان وشيخه، تفقّه على الإمام السرخسى.

ترجمَ له الكفوي في «كتـــائب أعلام الأخيار» فقال: «شيخ الإسلام القاضي محمود بن عبد العزيز، الأوزجندي، جدّ الشيخ الإمام قاضي خان، كان من الفقهاء

---

(١) «الروض المعطار في خبر الأقطار» للحميري ص ٨٢.

(٢) وهذا ما يستوحى من كلام تلميذه الحَصيري في خاتمة «فتاوى قاضي خان» فذكر والد شيخه بالقاضي الإمام الأجل بدر الدين منصور. . ٦٤٨/٣.

(٣) انظر ترجمته في «الجواهر المضية» برقم ٨٢٦، و«الطبقات السنية» برقم ١٢٤٨، و«الأنساب» ٥٢٢، و«الفوائد البهية» ص ٩٧.

(٤) «الفوائد البهية» ص ٩٧.

العظام، والفضلاء الفخام، كان يتصدّر للإفتاء وحلّ مشكلات الأنام فيما شجر بينهم من النزاع، تفقّه على الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي وأخذ عنه»[1].

٣- على بن عبد العزيز بن عبد الرزاق، الإمام، المعروف بظهير الدين الكبير، أبو الحسن، المرغيناني، (أخ جدّ قاضي خان) تفقّه على أبيه عبد العزيز، وعلى السيد أبى شجاع محمد بن أحمد بن حمزة، وعلى بن برهان الدين الكبير عبد العزيز وغيرهم، وهو جد صاحب «الخلاصة» من جهة الأم، وتفقّه عليه ابنه أبو المحاسن ظهير الدين الحسن بن على، وقوام الدين أحمد بن عبد الرشيد والد صاحب الخلاصة طاهر بن أحمد. وقال القرشي: "هو أحد الإخوة الفضلاء الستة".

والتبس الأمر على كل من القرشي والقاري فذكرا أنه أستاذ فخر الدين قاضيخان، فتعقّب عليه الكفوي واللكنوي بأن أستاذ قاضى خان هو ظهير الدين الحسن بن على بن عبد العزيز المرغينانى لا أبوه ظهير الدين الكبير. وهو الصحيح فإنه توفي سنة ست وخمسمائة[2].

٤- المعلّى بن عبد العزيز بن عبد الرزاق، «أحد الإخوة الفضلاء الستة»[3].

٥- الحسن بن علي ظهير الدين الكبير بن عبد العزيز بن عبد الرزاق، المرغينانى، الملقّب بظهير الدين، أبو المحاسن. شيخ قاضي خان.

كان فقيها محدّثا، نشر العلمَ إملاء وتصنيفا، ومن مصنفاته: «كتاب الأقضية» والشروط و«الفتاوى» و«الفوائد» وغير ذلك، تفقّه على برهان الدين الكبير عبد العزيز بن

---

(١) انظر «كتائب أعلام الأخيار» لمحمود بن سليمان الكفوي المتوفي ٩٩٠، ترجمة برقم ٢٩٩، ص ٣٠٠، مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم ٨٤م. وانظر ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١٦٢٦، و«الطبقات السنية» برقم ٢٤٤١، و«طبقات الفقهاء» لابن كمال باشا ص ٣٣، و«الفوائد البهية» ص ٢٠٩ و٢٤٢.

(٢) انظر ترجمته في «الجواهر المضية» برقم ٩٨٢، و«الطبقات السنية» برقم ١٥٠٨، و«الفوائد البهية» ص ١٢١- ١٢٣، و«كتائب أعلام الأخيار» برقم ٣٢٢، و«هدية العارفين» ١/ ٦٩٤.

(٣) ترجمته في «الجواهر المضية» برقم ١٦٧٩، و«الطبقات السنية» برقم ٢٥٢٣.

عمر بن مازه، وعلى عمّه شمس الأئمة محمود الأوزجندى (جدّ قاضي خان)، وسوف يأتي ذكره في مشايخ قاضي خان.

وفي آخر ترجمته نوّه العلامة اللكنوي بهذه الأسرة النبيلة قائلا: "يأتى ذكر أبيه، وجده، وعمه محمود الأوزجندى، وابن ابن عمه قاضى خان حسن بن منصور بن محمود، وابن أخته طاهر صاحب خلاصة الفتاوى إن شاء الله تعالى"[1].

٦- طاهر بن أحمد[2] بن عبد الرشيد بن الحسين، افتخار الدين، البخارى. تلميذ قاضي خان وابن أخت عمّه.

صاحب «خلاصة الفتاوى» و«خزانة الواقعات» و«النصاب»، كان عديم النظير فى زمانه، فريد أئمة الدهر، شيخ الحنفية بما وراء النهر، من أعلام المجتهدين فى المسائل، يأتي ذكره في تلامذة قاضي خان.

عصر الإمام قاضي خان:

عاش الإمام قاضي خان رحمه الله في القرن السادس الهجري، حيث ولد بأوز-جند، فرغانة قبل عام ٥١٨هـ، وتوفي ببخاري عام ٥٩٢هـ، أي في أو اخر عصر الدولة العباسية الثانية التي سقطت عام ٦٥٦هـ بسقوط بغداد على يد التتار.

وقد كان هذا العصر عصر ضعف وانهيار للدولة العباسية، كثرت فيه الفتن والاضطرابات، ونجمت بجانب الدولة العباسية عدة دول. قال ابن كثير: ولم تكن أيدي بني العباس حاكمة على جميع البلاد فإنه خرج عن بني العباس بلاد المغرب، وبلاد الشام في بعض الأحيان والحرمين في أزمان طويلة. وكذلك أخذت من أيديهم بلاد خراسان وما وراء النهر، وتداولتها الملوك دولا بعد دول حتى لم يبق مع الخليفة منهم إلا بغداد وبعض بلاد العراق؛ وذلك لضعف خلافتهم واشتغالهم بالشهوات وجمع الأموال في أكثر

---

(١) «الفوائد البهية» ص٦٦.

(٢) ذكره المولي ابن كمال باشا الرومى من طبقة المجتهدين فى المسائل الذين يقدرون على الاجتهاد فى المسائل التى لا رواية فيها من صاحب المذهب، ولا يقدرون على مخالفته فى الفروع والأصول.

الأوقات»[1].

وعاصَرَ الإمام قاضي خان من خلفاء بني العباس :

١ - الفضل المسترشد بالله بن المستظهر (٥١٢هـ - ٥٢٩هـ).

٢ - المنصور الراشد بالله بن المسترشد (٥٢٩هـ - ٥٣٠هـ) .

٣- المقتفي بأمر الله محمد بن المستظهر بالله (٥٣٠هـ - ٥٥٥هـ) .

٤- المستنجد بالله أبو المظفر يوسف بن المقتفي (٥٥٥هـ - ٥٦٦هـ) .

٥- المستضيء بأمر الله أبو محمد الحسن بن يوسف (٥٦٦هـ - ٥٧٥هـ) .

٦- الناصر لدين الله العباس أحمد بن المستضيء (٥٧٥هـ - ٦٢٢هـ)[2].

وقد كانت القوة المسيطرة على الخلافة في أواخر الدولة العباسية دولة السلاجقة، وهم شعب من شعوب الترك يعرفون باسم العز، هاجروا إلى ما وراء النهر عام ٣٧٥هـ. وكان السلطان السلجوقي ملكشاه قد أعطى أنو شتكين- أحمد سقاه بلاطه بلد خوارزم، فبدا أنوشتكين ملكه لخوارزم عام ٤٧٠هـ ثم تعاقب على هذا الملك أحفاده من بعده بإقرار من ملوك السلاجقة، وخضوع من ملوك خوارزم في أغلب الأحيان إلى أن بدأت الخلافات تنشب بينهما حيث طمع ملوك خوارزم في الاستقلال عن السلاجقة، والاستئثار بالسلطة على البلاد التي تحت أيديهم وأعلنوا ذلك، فقامت المعارك بينهما.

وقد كان في كل مدينة حاكم مَحليّ أو نائب من المسلمين يتولى إدارة الشؤون الداخلية والنواحي الدينية، و يقوم بدفع ضريبة للقر اخطائيين.

وكان الحكم المحلي الذي له المشورة في جميع الأمور في بخارى هو: تاج الدين أحمد بن عبد أحمد بن عمر بن مازة، وذلك بعد مقتل الصدر الشهيد، ثم كان الحاكم

---

(١) انظر : البداية والنهاية لابن كثير ١٣/ ٢٠٥.

وبلاد ما وراء النهر يراد به ما وراء نهر جيحون من جهة الشرق، وما كان من جهة غرب النهر فهو خراسان وولاية خوار زم، وهي من أخصب البلاد . انظر: «معجم البلدان» لياقوت الحموي ٥/ ٤٥.

(٢) ينظر: «البداية والنهاية» ١٢/ ٢١١، ٢٤١، ٢٦٢، ٣٠٤، ١٣/ ١٠٦.

محمد بن أحمد بن عبدالعزيز ابن محمد ابن الصدر الشهيد عمر بن عبدالعزيز البخاري الملقب بصدر جهان، وكان الحاكم بسمر قند السلطان عثمان بن إبراهيم بن حسين.[1]

ولا شك أن ضعف الخلافة العباسية، وعدم الاستقرار السياسي، وكثرة الحروب كان له الأثر الكبير على الجوانب الاجتماعية والاقتصادية والعلمية في ذلك العصر، إلا أنه رغم الاضطراب السياسي وأحداث داخلية وخارجية كانت هناك حركات علمية ونهضة أدبية في بخارى وسمر قند وما جاورها من البلاد الإسلامية، ازدهرت فيها الحضارة والعلوم والآداب، يتمثل ذلك في التأليف والتدريس والقضاء والافتاء وبناء المدارس الإسلامية والمكتبات العلمية في أنحاء العالَم الإسلامي، ومن ذلك ماأسّسه الوزير السلجوقي نظام الملك الحسن بن علي الطوسي ٤٨٥هـ، من مدارس نظامية في المدن الإسلامية الكبرى[2].

أنجبَ هذا العصر علماء وفقهاء أفذاذا كانوا أئمّة في العلوم النقلية والعقلية، ووجد فيه أعلام من الفقهاء الذين كان لهم دور كبير في توضيح المذهب وتطويره وتهذيبه، لذلك أصبحت أقوالهم محل الاعتماد والتعويل في المذهب.

وفي هذه الفترة الزمنية التي عاشها الإمام قاضي خان بمدينة بخارى، وجدت بها وما جاورها طائفة من جهابذة العلماء: بعضهم من الطبقة الثالثة: طبقة المجتهدين في المسائل التي لارواية فيها عن صاحب المذهب، و أكثرهم من الطبقة الرابعة: طبقة أصحاب التخريج، والخامسة: طبقة أصحاب الترجيح، وفيما يلي أذكر أشهر فقهاء الحنفية الذين عاصرهم قاضي خان في تلك المنطقة:

١ - ركن الإسلام أبو إسحاق إبراهيم بن إسماعيل الزاهد المعروف بالصفار، المتوفى سنة (٥٣٤هـ) شيخ قاضي خان.

---

(١) انظر: الكامل ١٢/ ٢٥٧، ٢٥٨، دائرة المعارف الإسلامية ٣/ ٤١١، ٦٠٢، أوضاع الدول الإسلامية في الشرق الإسلامي لسعيد بن محمد الغامدي/ ١٨٥/ ١٨٧.

(٢) ينظر: «طبقات الشافعية الكبرى» للسبكي، ٤/ ٢٥٦، «أحسن التقاسيم في معرفة الأقاليم» للمقدسي، ص ٢٨٤، «مقدّمة ابن خلدون» ٣/ ١٢٢٥.

٢- صدر الشهيد عمر بن عبد العزيز بن مازة (٥٣٦هـ) صاحب «شرح أدب القاضي» للخصاف، أحد جهابذة المذهب.

٣- شمس الأئمة محمود بن عبد العزيز الأوزجندي، جد قاضي خان.

٤- الإمام طاهر بن أحمد بن عبدالرشيد البخاري، المتوفى سنة (٥٤٢هـ)، صاحب «خلاصة الفتاوى».

٥ - أبو بكر علاء الدين محمد بن أحمد السمر قندي، المتوفى سنة (٥٥٢هـ). صاحب «تحفة الفقهاء».

٦- الإمام أبو بكر أحمد بن علي بن عبد العزيز، الظهير البلخي (٥٥٣هـ).

٧- قاضي القضاة عليّ بن أحمد بن قاضي القضاة أبي الحسن عليّ بن قاضي القضاة أبي عبد الله، الدامغاني، (٥٨٣هـ).

٨- زين الدين أبو نصر أحمد بن محمد بن عمر العتّابي، (٥٨٦هـ).

٩- ملك العلماء أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (٥٨٧هـ) صاحب البدائع.

١٠- علي بن أبي بكر بن عبدالجليل الفرغاني المرغيناني، (٥٩٣هـ) صاحب الهداية.

١١ - برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة ٥٥١هـ -٦١٦هـ صاحب «المحيط البرهاني».

وغيرهم الذين كانوا نجوما ساطعة في سماء العلم، وكل واحد منهم يتبوأ مركزا علميا مرموقا، وكان لهم أثر كبير في الأجيال من بعدهم في ازدهار العلم وتطور المذهب، وتميّز الإمام قاضي خان بينهم في تمكّنه في الاجتهاد والقضاء والإفتاء، ورسوخه في الفقه الحنفي.

مشايخه:

لقد سبق أن الإمام قاضي خان ترعرع في بيئة علمية وتربّى في أسرة عريقة في العلم والمعرفة، وأنه عاصر كبارا من جهابذة الفقهاء، فالتقى بهم واستفاد منهم، وإن المترجمين له لم يسجّلوا شيئا عن رحلاته العلمية، كما لم يفصّلوا أسماء شيوخه الذين روى عنهم التفسير والحديث والفقه وبقية العلوم، واكتفوا بذكر أربعة من مشايخه المشهورين، ومما لاشك فيه أن عدد مشايخه أكبر من ذلك بكثير، تدل عليه مصنفاته العلمية وما دوّن فيها من آرائهم القيّمة، وهذا ما ألمَعَ إليه الإمام الذهبي بقوله: "سمع الكثيرَ من الإمام ظهير الدين الحسن بن علي، ومن إبراهيم بن عثمان الصفاري وطائفة"(١)، وفيما يلي أسجّل نبذة يسيرة عن كبار مشايخه:

١- إبراهيم بن إسماعيل الصفّار:

هوإبراهيم بن إسماعيل بن أحمد بن إسحاق بن شيث بن الحكم بن أقلد بن أبان بن عُقبة بن يزيد بن رؤبة بن حقانة بن وائل بن هُضَيم بن دينار بن ضُبَيعة بن نزار بن معَدّ بن عدنان، الأنصاري الوائليّ، أبو إسحاق، ركن الإسلام، الزاهد، المعروف بالصفّار(٢).

من بيت علم وفضل، أبوه وجدّه وجدّ أبيه كلهم من أفاضل الحنفية، وهو تفقّه على والده، ذكر القرشي أنه ولد في حدود سنة ستين وأربعمائة، مات ببخارى في السادس والعشرين من ربيع الأول سنة ٥٣٤هـ.

وله تصانيف، منها: كتاب تلخيص الزاهدى، وكتاب السنة والجماعة.

وأخذ عنه جماعة، يقول تقي الدين التميمي الداري: "واشتغل عليه الجمّ الغفير،

---

(١) «سير أعلام النبلاء» ٢١/ ٢٣٢.

(٢) ذكر السمعاني في «الأنساب» عند ذكر الصفّار أنه بفتح الصاد المهملة وتشديد الفاء، في آخره راء مهملة، يقال لمن يبيع الأواني الصفرية، ثم قال: من جملة المشتهرين به أبو إسحاق إبراهيم بن إسماعيل الصفّار، المعروف بالزاهد الصفار. انظر«الأنساب» رقم الترجمة ٣٥٣.

ومن جملتهم قاضي خان رحمه الله". وقال ابن الفوطي في ترجمة قاضي خان: «روى عن أبي إسحاق إبراهيم بن إسماعيل بن أبي نصر الأنصاري البخاري»[1].

قال اللكنوي: كان إماما ورعا زاهدا مثل والده في قمع السلاطين وقهر الملوك، حمله السلطان سنجر بن ملك شاه إلى مَرْو، وأسكنه إياها.

وقال علي القاري في كتابه "الأثمار الجنية في طبقات الحنفية": إبراهيم بن إسماعيل بن أحمد بن إسحاق الأنصارى أبو إسحاق الفقيه، عُرف بالصفّار، تفقّه على والده، وسمع «الآثار للطحاوى» على والده، وكتاب «العالم والمتعلم» لأبى حنيفة على أبى يعقوب السيّارى، بتشديد التحتية بقراءة والده، و«السير الكبير» لمحمد على أبى حفص، و«كتاب الكشف» فى مناقب أبي حنيفة، تصنيف عبد الله بن محمد بن يعقوب الحارثى على ولده، وكان من أهل بخارى موصوفا بالزهد والعلم، وكان لا يخاف فى الله لومة لائم[2].

٢- شمس الأئمة محمود الأوزجندي، جد قاضى خان:

هو محمود بن عبد العزيز بن عبد الرزاق، الأوزجندى، القاضي، الملقب بشمس الأئمة[3]، جد قاضى خان وشيخه، و يلقّب بـ «شيخ الإسلام» أيضا، كما ذكره القرشي

---

(١) «تلخيص مجمع الآداب في معجم الألقاب» لكمال الدين أبو الفضل عبد الرزاق بن تاج الدين المعروف بابن الفوطي الشيباني الحنبلي، ٦٤٢هـ - ٧٢٣هـ، ٢/ ١٥٣

(٢) انظر ترجمته في «الجواهر المضية» برقم ١١، «الطبقات السنية» برقم ٢٢، «الفوائد البهية» ص ٧، «كتائب أعلام الأخيار» برقم ٣١٧، «طبقات الفقهاء» لطاش كبري زاده ص ٩٥، «الأنساب» للسمعاني ٣٥٣، «التحبير في المعجم الكبير» ١/ ٧١.

(٣) "شمس الأئمة" لقب جماعة من العلماء والفقهاء، مثل عبد العزيز الحلوانى، ومحمد السرخسى، ومحمد بن عبد الستار الكَردَري، ومحمود الأوزجندى، وبكر بن محمد الزنجرى، وعند الإطلاق فى كتب أصحابنا هو شمس الأئمة السرخسى، وفيما عداه يطلق مفيداً مع الاسم أو النسبة أو بهما، كشمس الأئمة الحلوانى، وشمس الأئمة الكردرى، وشمس الأئمة محمود الأوزجندى. نصّ عليه اللكنوي وعزاه إلى الكفوي. انظر «الفوائد البهية» ص ٢٤٢.

والكفوي[1].

ترجمَ له الكفوي في «كتائب أعلام الأخيـار» فقال: «شيخ الإسـلام القاضي محمود بن عبد العزيز، الأوزجندي، جدّ الشيخ الإمام قاضي خان، كان من الفقهاء العظام، والفضلاء الفخام، كان يتصدّر للإفتاء وحلّ مشكلات الأنام فيما شجر بينهم من النزاع، تفقّه على الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي وأخذ عنه»[2].

تفقّه عليه الإمام قاضي خان كما صرّح به الكفوي واللكنوي[3]، ودوّن بعض آرائه في كتابه «شرح الزيادات»[4].

وتكرّر ذكره في كتب الفتاوى والشروح، ونقل القرشي بعض آرائه في الجواهر[5]، وله بعض المصنفات في الفقه، استفاد منها ابن الهمام في «فتح القدير»، وأشار إليه بقوله: "وفي فوائد شمس الإسلام الأوزجندي. . . "[6].

---

(١) وأفاد العلامة الكفوي في ترجمته أن لقب "شيخ الإسلام" يطلق على من تصدر للإفتاء، وحل المشكلات فيما شجر بينهم من النزاع والخصام من الفقهاء العظام، وقد اشتهر بها من أخيار المائة الخامسة والسادسة علَم منهم: شيخ الإسلام أبو الحسن على السُّغْدي، وشيخ الإسلام على بن محمد الإسبيجابى، وشيخ الإسلام برهان الدين على المرغينانى صاحب الهداية، وشيخ الإسلام محمود الأوزجندى وغيرهم، كذا ذكره اللكنوي نقلا عن الكفوى. «الفوائد البهية» ص ٢٤١.

(٢) انظر «كتائب أعلام الأخيار» لمحمود بن سليمان الكفوي المتوفي ٩٩٠، ترجمة برقم ٢٩٩، ص ٣٠٠، مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم ٨٤م. وانظر ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١٦٢٥، و«الطبقات السنية» برقم ٢٤٤١، و«طبقات الفقهاء» لابن كمال باشا ص ٣٣، و«الفوائد البهية» ص ٢٠٩ و ٢٤٢.

(٣) «الفوائد البهية» ص ٦٤.

(٤) فمثلا نقل عنه قاضي خان في كتاب الأيمان باب الحنث في اليمين، بقوله: "وبه كان يُفتي جدّي الشيخ الإمام شمس الأئمة محمود الأوزجندي" ص ٣٤٥.

(٥) «الجواهر المضية» ترجمة برقم ١٦٢٥، ٣/ ٤٤٦.

(٦) «فتح القدير» ٣/ ١٤٧.

ولقد سعدت برؤية نسخة من هذا الكتاب أثناء زيارتي لمكتبة مراد ملا باستنبول، تقع في مجلدين:

٣ - ظهير الدين الحسن بن على ظهير الدين الكبير المرغيناني :

هو الحسن بن على ظهير الدين الكبير بن عبد العزيز بن عبد الرزاق بن أبي نصر، المرغيناني، الملقّب بظهير الدين، أبو المحاسن.

تفقّه على برهان الدين الكبير عبد العزيز بن عمر بن مازه، وعلى عمّه شمس الأئمة محمود الأوزجندى (جدّ قاضي خان)، وزكى الدين الخطيب مسعود بن الحسن الكُشَانيّ، وهم تفقهوا على شمس الأئمة السرخسي.

والإمام فخر الدين قاضي خان الذي هو ابن ابن عمّه قرابة، كان من أجلّ تلامذته ولازَمَه ملازمة طويلة[1]، وأكثَرَ في السماع منه، أشار إليه الإمام الذهبي والعلامة قاسم بن قطلوبغا بقوله: «سمعَ الكثيرَ من الإمام ظهير الدين حسن بن علي بن عبدالعزيز»[2].

وتفقّه عليه ابن أخته افتخار الدين طاهر صاحب «خلاصة الفتاوى»، وهو آخر المتفقهين عليه، وظهير الدين محمد بن أحمد صاحب «الفتاوى الظهيرية»، وذكر عبد القادر القرشي أنه روى عنه صاحبُ الهداية «كتابَ الترمذيّ» بالإجازة، بسماعه من برهان الأئمة عبد العزيز بن عمر.

وقال برهان الإسلام الزّرنوجي، تلميذ صاحب الهداية في كتابه الشهير «تعليم المتعلّم»: أنشدنا الشيخ الإمام ظهير الدين، مفتي الأمة، حسن بن علي المعروف بالمرغيناني:

المجلد الأول في ٢٣٥ ورق برقم ١١١٩ والمجلد الثاني في ١٨٤ ورق برقم ١١٢٠، وهو كتاب نفيس قيّم مقارن بين المذاهب، يجمع بين الأدلة والمسائل.

(١) وجدير بالتنبيه هنا أنه اشتبه هذا الأمر على القرشي وعليّ القاري، فقالا في ترجمة والده عليّ بن عبد العزيز: "هو أستاذ فخر الدين قاضيخان، وهو أحد الإخوة الفضلاء الستة"، تعقّب عليه الكفوي قائلا: "قلت: أستاذ قاضى خان ظهير الدين الحسن بن على بن عبد العزيز المرغيناني، لا أبوه ظهير الدين الكبير"، كما تعقّب عليهما اللكنوي، وأجاد فيما أفاد، فليرجع «الفوائد البهية» ص ٢٦، ٦٣.

(٢) «سير أعلام النبلاء» ٢١/ ٢٣٢، «تاج التراجم» ص ٨٢.

الجاهلونَ فَمَوتَى قبلَ مَوْتِهِمُ   والعَالِمُونَ وإن ماتُوا فأحياءُ

وكان الإمام ظهير الدين فقيها محدّثا، نشر العلمَ إملاء وتصنيفا، ومن مصنفاته: «كتاب الأقضية» و«الشروط» و«الفتاوى» و«الفوائد» وغير ذلك[1].

٤- نظام الدين إبراهيم بن علي المَرْغينَاني:

هو إبراهيم بن علي، المَرْغينَاني، الملَقَّب نظام الدين، أبو إسحاق.

يقول القرشي و التميمي الداري: أحد مشايخ قاضي خان، وأحد مَن انتفع به، وتفقّه عليه، وتخرج به رحمهما الله تعالى[2].

---

(١) انظر ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ٤٦٦، «الطبقات السنية» برقم ٦٩٦، «الفوائد البهية» ص ٢٦، ٦٣، «كتائب أعلام الأخيار» برقم ٣٤٤.

(٢) انظر ترجمته في: «الجواهر المضية»، برقم ٣٣، و«الطبقات السنية» برقم ٦٠.

تلامذته

درسَ الإمام قاضي خان وتفقّه على أيدى هؤلاء المشايخ حتى بلغ إلى مرحلة النضج والرسوخ، وبعد أن ارتفع شأنه في العلم وترقّى، وتبوأ منزلة كبيرة بين علماء زمانه حتى فاق أكثرَ فقهاء ذلك العصر في الفقه، تصدّر للتدريس والإملاء والإفتاء، فانضمّ إلى حلقته كثير من رواد العلم، ولعلّ الإمام قاضيخان كان أجلّ الفقهاء في ذلك العصر وأشهرهم، ومَن كان مثله في العلم والفضل لابدّ أن يكثر تلاميذه، ألمَعَ إليه الإمام الذهبي بقوله: "وأملى مجالسَ كثيرة رأيتها"[1].

وكذلك يدل عليه ما ساقَه القرشي والتميمي والقاري في طبقاتهم من حكاية طريفة، وفيها: "إن محمد بن محمد بن إبراهيم ابن أحمد بن محمد بن الفضل الكمارى عندما دخل بلاد فرغانة، وجدَ قاضي خان يتكلم فوق المنبر، وبين يديه العلماء، وهم يكتبون ما يُملي عليهم"[2].

---

(١) «سير أعلام النبلاء» ٢١/ ٢٣٢.

(٢) وتمام القصة ما حكاه العلامة اللكنوي نقلا عن القاري: «وفى "طبقات القارى": محمد بن الفضل أبو الفضل الكمارى -بفتح الكاف والميم- يحكى أن والده وعده بألف دينار عند تمام حفظه المبسوط وكذا لأخيه، فلما حفظه دفع المال لأخيه، وقال له: يكفيك حفظ المبسوط، فخرج مغاضبًا، فانتهى به السفر إلى أن دخل بلاد فرغانة، فوجد قاضى خان يتكلم فوق المنبر، وبين يديه العلماء، وهم يكتبون ما يملى عليهم، فذكر قاضى خان مسألة خلافية بين أبى يوسف ومحمد، فعكس قول أبى يوسف وجعله قول محمد، وقول محمد قول أبى يوسف، فقال له أبو بكر: اعكس، فقال قاضى خان: وإن لم أعكس فقال أبو بكر: إن لم تعكس يرد على قول أبى يوسف كذا وكذا، ويرد على قول محمد كذا وكذا، وذكر عدة مسائل، فترك قاضى خان المنبر واعتنقه، وقال: يا سيدى! لعلك تكون محمد بن الفضل الكمارى قال: نعم، فقال: أنت أحق بهذا المجلس منّى، ومات ببخارى سنة إحدى وسبعين وثلاثمائة» -انتهى-.

ثم تعقّب عليه اللكنوي قائلا: «هذه الحكاية التى حكاها من ملاقاته مع قاضى خان مما لا يمكن

فتفقّه عليه أجلة العلماء وكبار الفقهاء الذين أصبحوا بعد ذلك أئمة في علوم الدين، وفيما يلي أسوق تراجمَ الفقهاء البارزين من تلاميذه باختصار:

١ - طاهر بن أحمد بن عبد الرشيد بن الحسين، الإمام، افتخار الدين، البخارى:

تلميذ قاضي خان وابن أخت عمّه، أخذ عن أبيه قوم الدين أحمد عن أبيه عبد الرشيد، وأيضًا أخذ عن حماد بن إبراهيم الصفّار، وتفقّه على خاله ظهير الدين الحسن بن على المرغينانى، كما تفقّه على الإمام قاضيخان.

«كان عديم النظير فى زمانه، فريد أئمة الدهر، شيخ الحنفية بما وراء النهر، من أعلام المجتهدين فى المسائل» حيث ذكره العلامة ابن كمال باشا من «طبقة المجتهدين فى المسائل» الذين يقدرون على الاجتهاد فى المسائل التى لا رواية فيها من صاحب المذهب[1].

وله تصانيف مقبولة، منها «خلاصة الفتاوى» و«خزانة الواقعات» و«النصاب».

يقول العلامة اللكنوي: "وقد طالعت من تصانيفه خلاصة الفتاوى، ذكر فيه أنه لخّصه من الواقعات والخزانة، وهو كتاب معتبر عند العلماء معتمد عند الفقهاء"[2].

وذكر التميمي وحاجي خليفة أنه توفي سنة ٥٤٢هـ بسَرْخَس ثم حمل إلى بخارى.

٢ - عبيد الله بن إبراهيم بن أحمد بن عبد الملك بن عمر بن عبد العزيز، ينتهي نسبه

وقوعها، فإن وفاة قاضى خان وهو حسن بن منصور الفرغانى سنة اثنتين وتسعين وخمسمائة، كما مرّ عند ترجمته، وقد ذكره القارى أيضًا فى ترجمته، فهل يتصور ملاقاة من توفى سنة ٣٧١، فلعله نسى ما قدمت يداه، وأظن أن الملاقى لقاضى خان هو أبو بكر محمد بن محمد بن إبراهيم ابن أحمد بن صاحب الترجمة المتوفى سنة ٥٤٩ على ما نقلناه من "الأنساب". «الفوائد البهية» ص١٨٥. وانظر: «الجواهر المضية» ٣/ ٣٠١.

وهذه القصة تدل على تمام أدب قاضى خان مع المشايخ وتواضعه، وبعده عن الاستعلاء.

(١) «النافع الكبير لمن يطالع الجامع الصغير» للكنوي ص٩، و«الفوائد البهية» ص ٨٤.

(٢) انظر ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ٦٦٦، «الطبقات السنية» برقم ٩٩٧، «كتائب أعلام الأخيار» برقم ٤١٤، «كشف الظنون» ١/ ٧٠٢، ٧١٨، ٧٠٣، ٢/ ١٩٩٩، «مفتاح السعادة» ٢/ ٢٧٨، «الفوائد البهية» ص ٨٤.

إلى عُبادة بن الصامت، جمال الدين المحبوبي(١)، الإمام، المعروف بأبي حنيفة الثاني.

وُلد سنة ٥٤٦هـ، وكان إماما كاملا معدوم النظير فى زمانه، فَرد أوانه فى معرفة المذهب والخلاف. قال الإمام الذهبي فى «العبر في خبر من عبر»: "شيخ الحنفية بما وراء النهر، وأحد من انتهى إليه معرفة المذهب، أخذ عن أبى العلاء عمر بن بكر بن محمد الزرنجرى عن أبيه شمس الأئمة، وتفقه أيضًا على قاضيخان الأوزجندي".

وممّن تفقّه عليه ابنه أحمد والد تاج الشريعة صاحب «الوقاية»، وحافظ الدين الكبير محمد البخارى، وحميد الدين الضرير على بن محمد البخارى، وبهاء الدين محمد بن أحمد الاسبيجابى، والظهير أبوبكر أحمد بن على البلخى وغيرهم.

له تصانيف منها: «شرح الجامع الصغير»، و«كتاب الفروق»، توفي ببخارى فى جمادى الأولى سنة ٦٣٠هـ(٢).

٣- يوسف بن أحمد بن أبى بكر، الخاصِي(٣)، نجم الدين، جمال الأئمة:

كان إمامًا فاضلا، أخذ عن أبى بكر محمد بن عبد الله من أقران عمر النسفى، وعن الصدر الشهيد حسام الدين عمر، وعن الحسن قاضى خان، جمع «الفتاوى» المشهورة، ورتّب «فتاوى» الصدر الشهيد و«واقعاته».

وحكى اللكنوي عن القارى أنه كان فى أوائل المائة السادسة، وأن له «الفتاوى» و«مختصر الفصول»، وذكر حاجي خليفة وفاته عند ذكر «الفصول فى الأصول» سنة أربع وثلاثين وستمائة(٤).

---

(١) "المحبوبي": نسبة إلى محبوب بن الوليد بن عبادة بن الصامت، أحد أجداده. انظر «الفوائد البهية» ص ١٠٨.

(٢) انظر ترجمته في: «العبر» للذهبي ٢٣/ ١١٢، «دول الإسلام» للذهبي ٢/ ١٣٥، «الجواهر المضية» برقم ٨٩١، «الطبقات السنية» برقم ١٣٦٢، «الفوائد البهية» ص ١٠٨، «كتائب أعلام الأخيار» برقم ٣٩٥، «شذرات الذهب» ٥/ ١٣٧.

(٣) "الخاصي": نسبة إلى الخاص، قرية من قرى خوارزم، «الفوائد البهية» ص ٢٢٦.

(٤) انظر ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١٨٣١، «الطبقات السنية» برقم ٢٧١٤، «كشف

٤- الإمام محمود بن أحمد بن عبد السيد بن عثمان بن نصر بن عبدالملك[١]، الملقّب بجمال الدين، المكنى بأبي المحامد، البخاري، الشهير بالحَصيري[٢].

وُلد ببُخارى سنة (٥٤٦ هـ). كان إمامًا فاضلا، انتهت إليه رئاسة المذهب فى زمانه، تفقّه على الإمام قاضيخان الذي كان أجلّ الفقهاء في ذلك العصر وأشهرهم، فلازمه الحصيري خلال إقامته في بخارى وجعله أسوةً وسنداً في مجال الفقه الحنفي، وكان من تلامذته الخاصة حتى بلغ رتبة الكمال.

وبعد وفاة شيخه قاضي خان سنة ٥٩٢هـ خرج من بخارى، فسمع صحيح مسلم وغيره بنيسابور من الإمام أبي الحسن المؤيد الطوسى، وسمع من الإمام المحدث أبي سعد الصفار النيسابوري الشافعي، والإمام منصور الفُراوي، وسمع بحلب من الإمام افتخار الدين الهاشمي، ثم توجّه إلى دمشق واستقرّ به.

ودرّس في المدرسة النورية بدمشق خمسا وعشرين سنة[٣]، وتفقّه به طائفة كبيرة منهم: الملك المعظّم عيسى بن أبي بكر الأيوبي (٦٢٣هـ) مصنف «أصول الجامع الكبير»، وصدر الدين الخِلاطي، وسِبط ابن الجوزي، والإمام صدر الدين سليمان بن وهيب الأذرِعي صاحب «منتخب شرح الزيادات» الذي ألّفه قاضي خان، والعلامة شهاب الدين الرازي، والعلامة مَجد الدين المَوصلي، صاحب المتن المشهور «المختار» وشرحه

الظنون » ٢/ ١٢٢٢، «الفوائد البهية» ص ٢٢٦، «تاج التراجم» برقم ٣٩١.

(١) انظر ترجمته في: «تكملة إكمال الإكمال في الأنساب والأسماء والألقاب» لابن الصابوني ص ١٢٧، ١٢٨، سير أعلام النبلاء ٢٣/ ٥٢. الجواهر المضية برقم ١٦١١، الطبقات السنية برقم ٢٤١٩، الفوائد البهية ص ٢٠٥، كتائب أعلام الأخيار برقم ٤١٧، طبقات الفقهاء لطاش كبري زاده ص ١٠٧، التكملة لوفيات النقلة ٦/ ٢٨٨، تذكرة الحفاظ ٤/ ١٤٢٥، العبر ٥/ ١٥٢، النجوم الزاهرة ٦/ ٣١٣، شذرات الذهب ٥/ ١٨٢، كشف الظنون ١/ ٥٦٣، ٥٦٨، ٧٢٧.

(٢) "الحَصِيري": بفتح الحاء، نسبة إلى محلّة ببخارى يُنسج بها الحَصير. «تاج التراجم» ص ٦٩، «تكملة إكمال الإكمال» ص١٢٨، «سير أعلام النبلاء» ٢٣/ ٥٣.

(٣) «العبر في خبر من عبر» للذهبي، ٣/ ٢٢٨.

«الاختيار». وكثيرون ، وروى عنه الحديث جمال الدين الحافظ ابن الصابوني صاحب «تكملة إكمال الإكمال»، والقاضي تقي الدين سليمان الحنبلي وغيرهم.

شغَف بكتب الإمام محمد ورواياتها، ومن تصانيفه: شرح الجامع الصغير، وشرح السير الكبير، والطريقة الحَصيرية في علم الخلاف بين الشافعية والحنفية، وخير مطلوب في العلم المرغوب، والنجم الهادي الساري إلى حلّ ألفاظ صحيح البخاري، والوجيز شرح الجامع الكبير[1]، والتحرير شرح الجامع الكبير[2]، سلَك فيهما نهجَ شيخه قاضي خان في «شرح الزيادات» من التأصيل والتقعيد .

كان جمال الدين الحصيري من أبرز تلاميذ قاضيخان، وكثيرا ما ينقل آراء شيخه في مواضع من كتابه «التحرير» فيقول: «قال أستاذنا الإمام قاضيخان»[3].

إجازة قاضيخان للحصيري:

كان الإمام الحصيري موضع الثقة عند شيخه، اعترف له بالنبوغ والإمامة، تدل على ذلك الإجازة الآتية التي منحها شيخه قاضي خان:

«يقول المحتاج إلى رحمة الله تعالى وغفرانه، الشاكر لفضله وإحسانه: الحسنُ بن منصور بن محمود الأوزجَنْدي: قرأ عليّ كثيراً من الكتب التي ألّفها علماء الإسلام وصدور الأنام في تمهيد قواعد الفقه والأحكام، وتمييز الحلال من الحرام، منها ما رواه محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى نحو المبسوط والجامع الصغير ومنها من اختص بتأليفها محمد رحمه الله تعالى نحو الجامع الكبير والسير الكبير والزيادات، وقد يسر الله تعالى على الشيخ الإمام الجليل الزاهد جمال الدين زين الأنام

---

(١) ويحقّقه الباحث الأخ الفاضل حميد قائد سيف كرسالته للدكتوراة من المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض.

(٢) استخلص منه القواعد والضوابط الفقهية الاستاذ الدكتور علي أحمد الندوي، وقدّم له بدراسة وافية، ونال به درجة الدكتوراة بامتياز من جامعة أم القرى بمكة المكرمة.

(٣) «التحرير شرح الجامع الكبير» مخطوط، ق ١/ ٢٧٣ .

محمود بن أحمد بن عبدالسيد قراءة عامّتها، وإحكام صورها ومبانيها، والوقوف على حقائقها ومعانيها، فبلّغه درجة الإفتاء والدراسة، وارتقى مرقاة الشرف والرئاسة، متّعه الله تعالى بما أعطاه وجعل الجنة مأواه؛ كتبت هذه الأسطر رجاء أن يذكرني بالدعاء الصالح. فإنه أحسن مسئول وأنفس مأمول»[1].

ثم أضاف إلى ذلك التميمي: «ورأيت أيضاً على ظهر النسخة المذكورة بخط الحصيري ما صورته: قال مولانا وسيدنا القاضي الإمام الأجل الأستاذ قاضي القضاة فخر الملة والدين ركن الإسلام والمسلمين، بقيّة السلف، أستاذ الخلف، مفتي الشرق والصين أبو المفاخر الحسن بن منصور بن محمود بن عبدالعزيز متّع الله الإسلام والمسلمين بطول بقائه[2].

«وهذه الإجازة بمثابة تزكية من الإمام قاضيخان لتلميذه النابغة الحصيري، وإنها شهادة إمام خبير لتلميذ نبيه، ويُعَدّ مثل هذا التلميذ عنوان مجد ووسام فخر لأستاذه أيضاً، ثم تعليق الحصيري على الشهادة المذكورة، فيه إشارة واضحة إلى مدى علاقته بأستاذه والاعتراف بعظيم مناقبه»[3].

توفي الحَصيري في صفر سنة ٦٣٦هـ، وله تسعون سنة، قال الذهبي: «ازدحم الخلق على نَعشه وحمَله الفقهاء على الرءوس، وكان يوما مشهودا»[4].

٥- محمد بن عبدالستار بن محمد، المعروف بشمس الأئمة، الكَردري[5]:

ولد سنة تسع وخمسين وخمسمائة، وقرأ بخوارزم على الشيخ برهان الدين ناصر المطرّزى صاحب «المغرِب»، ثم رحَل لطلب العلم إلى ماوراء النهر، وتفقّه بسمرقند

---

(١) «الطبقات السنية»، رقم الترجمة ٢٤٢٠.

(٢) المصدر السابق.

(٣) «القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير» للدكتور علي أحمد الندوي، ص ٤٥.

(٤) سير أعلام النبلاء ٢٣/ ٥٤، «تاريخ الإسلام» للذهبي ج ١٧ ترجمة الحصيري.

(٥) نسبة إلى الجدّ المنتسب إليه، وكَرْدَر بفتح أوله ثم السكون، ناحية من أعمال جُرجانية خوارزم. «الجواهر المضية» ٣/ ٢٢٨، و«معجم البلدان» ٤/ ٥١٠.

وبخارى على مشايخ منهم: القاضي عماد الدين عمر الزرنْجَرى، وقوام الدين الصفّار، وشرف الدين العقيلى، ونورالدين الصابونى، والإمام زين الدين أحمد العتّابي، وأجلّ أساتذته فخر الدين قاضيخان، وصاحب الهداية على بن أبى بكر المرغيناني.

برع فى العلوم، وفاق على أقرانه، وأقر له بالفضل والتقدم أهل زمانه حتى قيل: إنه أحيا علم الفروع وأصوله بعد أبى زيد الدبوسى، «كان أستاذ الأئمة على الإطلاق، والموفود إليه من الآفاق»، وتفقّه عليــه خلق كثير، منهم ابن أخته العلامة محمد بن محمود بن عبد الكريم المعروف بالإمام خواهرزاده، وحميد الدين الضرير على الرامُشي، وحافظ الدين محمد بن محمد بن نصر البخارى وغيرهم.

مات ببخارى يوم الجمعة تاسع المحرم سنة اثنتين وأربعين وستمائة(١).

٦ - صدر الإسلام طاهر بن برهان الدين محمود صاحب "المحيط البرهاني" بن تاج الدين الصدر السعيد أحمد بن برهان الدين الكبير عبد العزيز بن عمر بن مازه.

كان من أعيان الفقهاء الحنفية، له اليد الطولى فى الفروع والأصول، ومشاركة تامّة فى المعقول والمنقول، أخذ عن أبيه صاحب المحيط، كما تفقّه على فخر الدين قاضى خان.

ومن تصانيفه: «الفوائد» و«الفتاوى»(٢).

٧ - نجم الأئمة الحكيمي:

لم أجد اسمه ونسبه في كتب التراجم، إنماذكر القرشي والكفوي أنه تلميذ قاضى خان، وأستاذ ركن الدين الواجانى الخوارزمى الذي كان إمامًا جليلا كثير العلم، والذي تفقّه عليه صاحب "القنية"(٣).

---

(١) انظر ترجمته في: «سير أعلام النبلاء» ٢٣/ ١١٢، «الجواهر المضية» برقم ١٣٧٧، «الطبقات السنية» برقم ٢٠٩٥، «الوافي بالوفيات» ٣/ ٢٥٤، «تاج التراجم» برقم ٢٤٦، «هدية العارفين» ٢/ ١٢٢، «الفوائد البهية» ص١٧٦، «كتائب أعلام الأخيار» برقم ٤١٨.

(٢) ترجمته في: «تاج التراجم» برقم ١٢٤ ص ١١٠ و«الفوائد البهية» ص ٨٥.

(٣) ترجمته في: كتاب الألقاب من «الجواهر المضية» برقم ٢١٠٤ ج ٤/ ٤٤١، «الطبقات السنية» برقم ٣٠٢٦، «كتائب أعلام الأخيار» برقم ٤١٦ «الفوائد البهية» ص ٢٢٠.

سند الإمام قاضي خان في الفقه:

ذكر الحافظ القُرشي في ترجمة أحمد بن إبراهيم بن عبدالغني بن أبي إسحاق، السروجي (٧١٠ هـ) سندَه في الفقه الذي يحتوي على سند الإمام قاضي خان أيضا فقال:

«قرأ على الإمام أبي الربيع صدر الدين سليمان، عن الشيخ جمال الدين محمود الحصيري . . . عن الإمام فخر الدين الحسن بن منصور قاضي خان، عن الإمام ظهير الدين الحسن بن علي بن عبدالعزيز المَرغيناني، عن الإمام سراج الأئمة برهان الدين عبد العزيز بن مازة، وشمس الدين محمود جدّ قاضي خان، كلاهما عن شمس الأئمة السرخسي، عن الإمام أبي محمد عبدالعزيز الحلواني، عن أبي علي الحسن بن خضر النسفي، عن الإمام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري، عن عبدالله بن أبي حفص، عن أبيه أبي حفص الكبير، عنْ محمد بن الحسن، عن الإمام أبي حنيفة»[1].

منزلة قاضي خان بين الفقهاء الحنفية وثناء العلماء عليه:

احتلّ الإمام قاضي خان مكانة مرموقة بارزة بين الفقهاء الحنفية، تتجلّى منزلته بوضوح من حيث إن الذين كتبوا في "طبقات الفقهاء الحنفية"[2] من المحقق ابن كمال باشا (ت ٩٤٠هـ)، وعصام الدين أبو الخير طاش كبري زاده (ت ٩٦٨هـ)، والعلامة ابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ) ، والعلامة عبد الحي اللكنوي[3] ، اتفقت كلمتهم على أن الإمام قاضيخان

---

(١) «الجواهر المضية» ١/ ١٢٥ - ١٢٦.

(٢) يقول العلامة اللكنوي في أهمية معرفة طبقات الفقهاء: «وهذا أمر لا بد للمفتي من معرفته لينزل الناس منازلهم، ويضعهم في مواضعهم، فإن من لا يعرف مراتب الفقهاء ودرجاتهم يقع في الخبط بتقديم من لا يستحق التقديم، وتأخير من يليق بالتقديم، وكم من عالم من علماء زماننا ومن قبلنا لم يعلم بطبقات فقهائنا، فرجح أقوال من هو أدنى، وهجر تصريحات من هو أعلى» «النافع الصغير» ص ٥.

(٣) جعل المحقق ابن كمال باشا الفقهاءَ الحنفية سبعَ طبقات، وذلك في رسالته المسمّاة «طبقات الفقها»، مخطوطة في معهد الدراسات الإسلامية العليا ببغداد، ذكر ذلك دكتور محمد عبد اللطيف الفرفور في «الوجيز في أصول الاستنباط» ص ٥٣٤.

من " طبقة المجتهدين في المسائل " الذين يجتهدون في المسائل التي لا رواية فيها عن صاحب المذهب، ومن هذه الطبقة الإمام الخصاف، والإمام الطحاوى، وأبو الحسن الكرخى، وشمس الأئمة الحلوانى، وشمس الأئمة السرخسى، وفخر الإسلام البزدوي.

وهذه الطبقة أعلى طبقة الفقهاء بعد طبقة المجتهدين في المذهب من أبي يوسف ومحمد بن الحسن وزفروحسن بن زياد ، وهذه الطبقة تميزت بخدمة الفقه الحنفى ، ووضعت الأسس لنموه والتخريج فيه والبناء على أقواله، كما وضعت أسس الترجيح فيه والمنايسة بين الأراء وتصحيح بعضها وتضعيف الآخر.

وهؤلاء الفقهاء، عملهم في الحقيقة يتكوّن من عنصرين على حد تعبير الشيخ أبي زهرة:

أحدهما: استخلاص القواعد العامّة التي كان يلتزمها الأئمة من الفروع المأثورة عنهم، فإنهم جمَعوها في قواعد وضوابط، واعتبروها الأصل الذي كان على أساسه الاستنباط، وكان مقياس الاستخراج السليم للأحكام الفقهية.

ثانيهما: استنباط الأحكام في المسائل التي لانصّ فيها عن أئمة المذهب على حسب أصول قرّروها ومقتضى قواعد بسطوها[1].

ولقد نهَج الإمام قاضي خان على هذا النمط في مؤلفاته، خاصة في «الفتاوى» وفي

وقد اعتمد كثير من العلماء تقسيم ابن كمال باشا، فذكره عصام الدين طاش كبري زاده في مقدمة كتابه «طبقات الفقهاء» ص٧ - ١٠ وفقَ ما جاء في كلام ابن كمال باشا، دون تعليق أو تغيير، ثم أعاد نصّها ابن عابدين في رسالته: «شرح عقود رسم المفتي» ١/ ١١، ١٢ من رسائل ابن عابدين، و في كتابه «ردّ المحتار» ١/ ٧٧، كما ذكره العلامة اللكنوي في مقدمة «الفوائد البهية» ص ٦ ، و«النافع الكبير لمن يطالع الجامع الصغير» ص ١٠، ١١ مع بعض الملاحظات . وقد وجّه إلى هذا التقسيم وترتيب الطبقات وتوزيع الفقهاء عليها نقدٌ من قبل بعض العلماء إلا أنه خارج عن موضوعنا ولايقدح ما ذكرنا، وقد فصّله الدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين خير تفصيل في كتابه «التخريج عند الفقهاء والأصوليين» فليرجع ص ٣٠١ - ٣١٠.

(١) «أبو حنيفة» للشيخ محمد أبي زهرة، بتصرف واختصار ص٤٤٢.

«شرح الزيادات»، وله آراء وترجيحات سديدة معتمدة عند الفقهاء المتأخرين الذين أكثروا النقلَ عنه.

ثناء العلماء عليه: احتل الإمام قاضي خان مكانة علمية بارزة بين الفقهاء الحنفية، فأشادوا بذكره، وأثنوا عليه ولقبوه بألقاب فخمة.

يذكره الإمام الحصيري معترفا بمناقبه وفضله بقوله: «قال مولانا وسيدنا القاضي الإمام الأجل الأستاذ قاضي القضاة فخر الملة والدين ركن الإسلام والمسلمين، بقيّة السلف، أستاذ الخلف، مفتي الشرق والصين أبو المفاخر الحسن بن منصور بن محمود بن عبدالعزيز متّع الله الإسلام والمسلمين بطول بقائه»[1].

يقول كمال الدين بن الفوطي الشيباني الحنبلي في ترجمته: «من القضاة الفضلاء والرواة النبلاء»[2].

وقال ابن العماد الفقيه المؤرخ والأديب الحنبلي في ترجمته: «الإمام الكبير بقية السلف مفتي الشرق من طبقة المجتهدين في المسائل»[3].

وقال ابن عابدين الشامي: «لايعدل عن تصحيح قاضي خان فإنه فقيه النفس»[4].

تصحيح قاضي خان معتمد ومقدم:

الذي يزيد منزلة قاضي خان العلمية وثقته ومكانته الفقهية ويؤيّد ما سبق أننا نرى أن كبار الفقهاء المتأخرين من أصحاب المتون والشروح والفتاوى، من ابن الساعاتي، وكمال الدين ابن الهمام، وأكمل الدين البابرتي، والعلامة بدر الدين العيني، وابن نجيم، وفخر الدين الزيلعي، والإمام محمد بن محمود الأستروشني، وقاسم ابن قطلوبغا، وخير الدين الرملي، ومحمد بن عبد الله التُمُرتاشي، وعلاء الدين الحصكفي، والعلامة ابن عابدين،

---

(١) «الطبقات السنية»، رقم الترجمة ٢٤٢٠.

(٢) «تلخيص مجمع الآداب» لابن الفوطي ٢/ ١٥٣.

(٣) انظر «شذرات الذهب» لابن عماد ٤/ ٣٠٨.

(٤) «حاشية ابن عابدين» ٤/ ٥١٣.

وصاحب «الفتاوى التتارخانية» وأصحاب «الفتاوى الهندية» وغيرهم، كلهم يعتمدون على أقواله، وتصحيحه وترجيحه للروايات.

يقول مظفر الدين ابن الساعاتي (٦٥١ - ٦٩٤هـ) في «شرح مجمع البحرين» عند اختياره تصحيح قاضي خان في مسألة غسل اللحية في الوضوء: «والأصح من الرواية ما نصّ عليه قاضي خان رحمه الله في شرح الجامع الصغير أن الفرض هو مسح ما يلاقي البشرة من الوجه..»(١).

وقال العلامة قاسم ابن قُطلوبُغا (ت٨٧٩هـ)(٢) في مقدمة كتابه القيّم «الترجيح والتصحيح على القدوري»: «وهذا ما تيسّر لي على مختصر القدوري مع زيادات نصّ على تصحيحها القاضي الإمام فخر الدين قاضي خان في فتاواه، فإنه من أحقّ أن يعتمد على تصحيحه، والله ولي الإعانة وهو حسبي ونعم الوكيل»(٣).

وقال في موضع آخر: «ما يصحّحه قاضي خان مقدّم على تصحيح غيره، لأنه فقيه النفس»(٤)

ونقله العلامة ابن عابدين وأيّده، وأضاف عليه في مؤلفاته الشهيرة، قال في «شرح عقود رسم المفتي»:

«وان كان كل منهما بلفظ الأصح أوالصحيح، فلا شبهة في أنه يتخير بينهما إذا كان

---

(١) «شرح مجمع البحرين» لابن الساعاتي، تحقيق صالح بن عبد الله بن صالح اللحيدان، ١/ ٥٦، رسالة دكتوراة، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

(٢) هو العلامة قاسم بن قطلوبغا من تلامذة الحافظ ابن حجر العسقلانى وابن الهمام صاحب "فتح القدير" وغيرهما، إمام علامة قوى المشاركة فى الفنون، تصانيفه تزيد على السبعين فى الفقه والحديث وغيرهما، ذكرها شمس الدين السخاوى فى "الضوء اللامع فى أعيان القرن التاسع، مات سنة تسع وسبعين وثمان مائة. انظر النافع الكبير ص١٣ .

(٣) «تصحيح القدوري» مخطوط، لوحة ٥، شريط مصور في المكتبة المركزية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، تحت رقم ٤٠٥٠، عن مكتبة تشستربيتي بايرلندا.

(٤) مقدمة «تصحيح القدوري» ق١، و النافع الكبير ص١٣ .

الإمامان المصححان في رتبة واحدة، أما لو كان أحدهما أعلم فإنه يختار تصحيحه، كمالو كان أحدهما في «الخانية»، والآخر في البزازية مثلا، فإن تصحيح قاضي خان أقوى، فقد قال العلامة قاسم: إن قاضي خان من أحق من يعتمد على تصحيحه»[1].

وذكر في مسائل الخلع من حاشيته على «الدر المختار»:

"وقول الشارح أوّل الباب خلافا للخانية، تَبِعَ فيه قولَ البحر، وإن صرّح قاضي خان بخلافه، ولم يظهر لي وجه ترجيح التصحيح الأول على الثاني مع أنهم قالوا إن قاضي خان مِن أجلّ مَن يُعتمد على تصحيحه"[2].

ونقل ابن عابدين عن خير الدين الرملي: "وفي حاشيته للرملي بعد كلام نقله عن «الخانية»... وقد ذكر المسألة في جواهر الفتاوى، وذكر فيه اختلافا كثيرا واختلاف تصحيح، ولكن عليك بما في «الخانية»، فإن قاضي خان من أهل التصحيح والترجيح. انتهى"[3].

وفي مسائل قبض الهبة عن الصغير نرى أن ابن عابدين رجّح قول قاضي خان على قول صاحب الهداية وصاحب البدائع، فقال:

«فقد علمتَ أن «الهداية» و«الجوهرة» على تصحيح عدم جواز قبض مَن يَعوله مع عدم غيبة الأب، وبه جزَم صاحب «البدائع»، وقاضي خان وغيرُه من أصحاب الفتاوى صَحّحوا خلافَه، وكن على ذكر مما قالوا: لايعدل عن تصحيح قاضي خان فإنه فقيه النفس، ولاسيما وفيه هنا نفع للصغير، فتأمل عند الفتوى»[4].

فما نوّه به ابن عابدين ولقّبه بأنه «فقيه النفس» يعتبر شهادة فقيهٍ، خبيرٍ بكمٍّ هائل من

---

(١) «شرح عقود رسم المفتي»، الرسالة الثانية في «مجموعة رسائل ابن عابدين» ١/ ٣٩، طبع دار سعادت محمد هاشم الكتبي ١٣٢١ هـ.

(٢) «حاشية ابن عابدين» ٢/ ٥٦٥، دار إحياء التراث، مصور عن طبع بولاق

(٣) انظر «حاشية ابن عابدين» ٤/ ٢٤٨.

(٤) «حاشية ابن عابدين» ٤/ ٥١٣، وكذلك نجد اعتماد ابن عابدين على تصحيح قاضي خان في كتاب الحجر ٥/ ٩٣، و ١/ ٤٤٥، وأمثلة ذلك كثيرة.

تراث الفقهاء، والذي يعتبر خاتم المحققين في الفقه الحنفي.

أما تعريف «فقيه النفس»: "فهو الذي صار الفقه سَجِيّة ملازمة له، وملكة قائمة به، يستطيع بواسطتها استنباط الأحكام وإدراكها"[1].

«والمقصود بذلك أن يكون شديد الفهم بالطبع لمقاصد الكلام، أي أن يكون له استعداد فطري يؤهّله للاجتهاد»[2].

وعدّ إمام الحرمين الجُويني وجلال الدين المحلي من شروط المجتهد أن يكون فقيهَ النفس[3]. واعتبر الجويني هذا رأسَ مال المجتهد، وقال: إنه أمر جبلّي، ولايتأتّى كسبه وتحصيله بحفظ الكتب[4].

مؤلفات الإمام قاضي خان

خلّف الإمام قاضي خان ثروة علمية كبيرة للمكتبة الإسلامية، تدل على مكانته العلمية العالية في الفقه، واطّلاعه الواسع على دقائق المذهب الحنفي، وقد نسبت كتب التراجم إليه طائفة من الكتب، كانت موضع اهتمام الفقهاء المتأخرين الذين أكثروا النقل عنه والإحالة إليها، ولكنها مغمورة مع جلالة قدرها، سِوى فتاواه الشهيرة، بعضها ماتزال مخطوطة يمكن الوقوف عليها، وبعضها لانعلم له مكانا، وفيما يلي أذكر نبذة يسيرة عن مؤلفاته القيّمة:

١ - « فتاوى قاضي خان » أو « الفتاوى الخانية »:

من الفتاوى المعتمدة في المذهب الحنفي، ومن كتب الفتاوى التي نالت أسمى مكانة

---

(١) «الوجيز في أصول التشريع الإسلامي» للدكتور محمد حسن هيتو، ص ٤٩٦.

(٢) «التخريج عند الفقهاء والأصوليين» للدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، ص ٣٢٤.

(٣) انظر «البرهان» للجويني ٢/ ١٣٣٢، و«جمع الجوامع» بشرح الجلال المحلي، ٢/ ٣٨٢.

(٤) «البرهان» للجويني ٢/ ١٣٣٢.

في الإفتاء، وتداولتها أيدي الفقهاء في كل زمان ومكان، لأنه احتوى على المسائل التي يغلب وقوعها وتمسّ الحاجة إليها بدون التعرض للفروض النادرة.

وبجانب ذلك نرى أن الإمام قاضي خان يسلك فيه مسلك الترجيح عند تعدّد الروايات من أئمة المذهب المتقدمين وكثرة الأقاويل من المتأخرين، وكلّ ذلك جعل هذه المجموعة الطيبة المختارة من الفتاوى تحوز القبول والاعتماد لدى العلماء(١).

يقول حاجي خليفة في بيان وصفه وأهمّيته: " هي مشهورة، مقبولة، معمول بها، متداولة بين أيدي العلماء و الفقهاء، وكانت هي نصبَ عين من تصدّر للحكم والإفتاء" .(٢)

ووصفها العلامة اللكنوي بقوله: "وله الفتاوى المشهورة المتداولة. . . انتفعت بفتاواه، وهي في أربعة أسفار معتمدة عند أجلّة الفقهاء، حتى قال قاسم بن قطلوبغا في تصحيح القدوري: ما يُصحّحه قاضي خان مقدم على تصحيح غيره(٣)؛ لأنه فقيه النفس"(٤).

أما طريقته وترتيبه ومنهجه الذي وضعه المؤلف نُصبَ عينيه في الفتاوى، فخير ما عبّره هو نفسه في فاتحة الكتاب قائلا:

«ذكرتُ في هذا الكتاب من المسائل التى يغلب وقوعُها و تمسّ الحاجة إليها، و تدور عليها واقعات الامّة، و يقتصر عليها رغبات الفقهاء والائمة، وهي أنواع وأقسام: فنها ما هي مروية عن أصحابنا المتقدمين، و منها ما هي منقولة عن المشايخ المتأخرين رضوان الله عليهم أجمعين، و رتّبتُه ترتيبَ الكتب المعرفة.

---

(١) «القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير» ص١٤٨.

(٢) «كشف الظنون»٢/ ١٢٢٧.

(٣) ينظر ترجيح وتصحيح قاضي خان في فتاواه مثلا: ١/ ١٨، ٢٢، ٢٤، ٣٥، ٢٠٦، ٢١٤، ٢١٥، ٢٤٠، ٢٦٩، ٢٧٨، ٣٠٧، ٣٢٨، ٣٣٥، ٣٣٦، ٣٥٠، ٣٥٤، ٣٧٧، ٤٢٢، ٤٢٧، ٤٣٢، ٤٥١، ٥٣٠، ٥٣٦، ٥٤٢.

(٤) «الفوائد البهية» ص٦٤.

وجعلتُ لكل جنسٍ فصلا، وبيّنتُ لكل فرع أصلا، وفيما كثُرَتْ فيه الأقاويل من المتاخرين اقتصرتُ فيه على قول أوقولين، وقدّمتُ ماهو الأظهَر وافتتحت بما هو الأشهَر، إجابةً للطالبين و تيسيرا على الراغبين، وعلى الله توكلت فيما تمنيت، واستعصمتُه عن الخطأ فيما نويت، وهو حسبي ونعم الوكيل، وعليه أتوكّل وبه أستعين»[1].

وذكر حاجي خليفة في كشف الظنون تاريخ تصنيفه: قيل افتتح بإملائه يوم الاربعاء، وقت الظهر، العاشر من محرم، سنة ثمان وسبعين وخمسمائة [2].

وقد طبع هذا الكتاب قديما طبعة حجرية في كلكته بالهند، في أربعة أجزاء، سنة ١٨٣٥ء - ١٢٥١هـ، ثم أعيد طباعته بهامش «الفتاوى الهندية» في مصر بدار الطباعة العامرة ببولاق، سنة ١٣١٠هـ، وبهامش «الفتاوى السراجية»[3]، ومازال هذا الكتاب القيّم بحاجة إلى خدمة علميّة وإعادة نشر في حُلة جديدة لتتيسّر الاستفادة منه[4].

ونظرا إلى عظم أهمية الكتاب وشهرته العلمية، اهتمّ بعض العلماء باختصاره وتلخيصه، منها:

- «مختصر قاضي خان» للشيخ محمد ابن مصطفى بن الحاج محمد افندى:

أشار إليه حاجي خليفة بقوله: «وقد رتّب رجل من علماء الروم مسائله يقال له محمد وهو محمد بن مصطفى بن الحاج محمد افندى، وأوله: الحمدلله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله الخ، ذكرفيه أنه أشار اليه شيخه المولى محمد ابن شيخ الاسلام محمد الشهير بجوي زاده سنة ٩٩٥هـ بترتيبه فرتّبه وسمّاه "وهاج الشريعة"»[5].

---

(١) «فتاوى قاضي خان» ١/ ٢.

(٢) «كشف الظنون» ٢/ ١٢٢٧.

(٣) انظر «معجم المطبوعات العربية والمعرّبة» جمع وترتيب يوسف اليأن سركيس، ٢/ ١٤٨٧. مكتبة الثقافة الدينية، الظاهر، مصر.

(٤) ومن أماني الغالية خدمة هذا الكتاب القيّم، عما قريب - إن شاء الله - أدعو الله العليّ القدير التوفيق والرشاد وحسن الإخلاص.

(٥) «كشف الظنون» ٢/ ١٢٢٧.

وقد اطلعت على هذا المخطوط أثناء زيارتي لمكتبة مراد ملا في استنبول، والمختصر في ١٢٤ ورق، تحت رقم ١١٨٨ ، وهو كتاب نفيس قيّم، أوضح المؤلف منهجه في المقدمة قائلا :

« ألفيت كتاب الفتاوى للإمام، الجليل الشأن، فخرالدين قاضي خان، أسكنه الله بحبوحة الجنان، محيطا بالمسائل الصحيحة المهمّة، حاويا على الأقوال القويّة من الأثر، ومنبّها على ما عليه الاعتماد من روايات المتقدمين والمتأخرين رضوان الله عليهم أجمعين، فا نتخبت منه المسائل التي نبّه فيها على ما هوالأصح والاقوى، وعليه الاعتماد والفتوى، وما ذكره على هذا الوجه في غيربابه وفصله نقلتُه الى محلّه مطابقا لأصله، تسهيلا على راغبين في أخذه ووصله، وميّزته بأن أقول في ابتدائه : ذكر المصنف رحمه الله، وفي انتهائه : انتهى، وأشرتُ إلى المواضع المنقول عنها، وأسأل الله تعالى أن يجعله خالصا لوجهه الجميل، إنه حسبي ونعم الوكيل. كتاب الطهارة. . .. » وجاء في آخره : «وقع الفراغ عن انتخابه وتنميقه بفضل الله تعالى وحسن توفيقه يوم الجمعة المبارك، الثامن والعشرين من شوال المكرم سنة ١٠٦٩هـ »[١]

- « محكمة السلطان مختصر قاضي خان » :

تأليف العلامة أبي أحمد أشرف بن يوسف أينال الطرازي، من علماء القرن الثامن، رأيتُ نسخة خطّية منه في مكتبة الأسد بدمشق، نسخت سنة ٧٠٦هـ، في ٣٧٤ ورق، تحت رقم ٤٢٦ ، أوّله : الحمد لله الذي خفّف على عباده. . . كتاب الطهارة»

وثبتت العبارة التالية على وجه الغلاف: "هذا الكتاب المحكم، هو المختصر من فتاوى قاضي خان، من تأليف الإمام الربّاني والحبر الهمداني العابد الزاهد التقي النقي الحاج الحرمين مولانا أشرف الحق في الدين، قدّس الله روحه ونوّر قبره" .

- «مختصر قاضي خان» للمولى يوسف بن جنيد الشهير بأخي چلبي التوقاتي، في

---

(١) «مختصر قاضي خان» ورق ١ ، مكتبة مراد ملا، استنبول.

مجلد، أوله: الحمد لله الملك القوي المتين الخ، وأهداه إلى السلطان بايزيد خان[1].

٢- «شرح الجامع الصغير»[2]:

وهو من أجود الشروح للجامع الصغير الذي ألّفه الإمام محمد بن الحسن الشيباني، وعدّه طاش كبري زاده أحد الشروح السبعة المعتبرة للجامع الصغير[3]، يقول القرشي عند بيان مؤلفاته مشيرا إلى حجمه: "شرح الجامع الصغير في مجلدين كبيرين"[4]، سار فيه الشارح على ترتيبه لأبي عبدالله الزعفراني.

منهجه من حيث الاستدلال وذكر الخلاف:

اعتنى الشارح رحمه الله بذكر أقوال الفقهاء والاستدلال لآرائهم، حيث يورد أقوال أئمة المذهب الحنفي وغيرهم في المسألة الخلافية، ويستدل لكل فريق باختصار، مع الجواب في بعض الأحيان عن دليل المخالف. والغالب على منهجه أن يذكر الرأي المختار أولاً، ثم رأي المخالف مع دليله، ثم دليل الرأي الأول المختار.

بيّن الشارح في مقدمته أهمّية الكتاب وما يحتوي عليه من مسائل، وصحّة نسبته إلى الشيباني فقال: «اعلموا وفقكم الله تعالي وإيّانا أنّ هذا الكتاب أصل جليل في الفقه، مشتمل على أمهات مسائل أصحابنا رحمهم الله، حتى كان عليّ الرازي يقول: من حفظ مسائلَ هذا الكتاب فهو من أحفظ أصحابنا، ومن فهمه فهو من أفهم أصحابنا، والمتقدمون كانوا لا يقلّدون القضاءَ لمن لم يحفظ مسائل هذا الكتاب.

ومسائله على ثلاثة أقسام: قسم لا يوجد إلا في هذا الكتاب، وقسم هو معاد محض، وقسم ذكرها في «المبسوط» وأعادها ههنا بلفظ أخر وزيادة فائدة.

واختلفوا في تصنيف هذا الكتاب: قال بعضهم: هو من تصنيف أبي يوسف،

---

(١) «كشف الظنون» ٢/ ١٢٢٧.

(٢) ينظر: «الطبقات السنية»١٣/ ١١٧، «كشف الظنون» ١/ ٥٦٢، «مفتاح السعادة»٢/ ٢٧٨، «الفوائد البهية» ص ٦٤، «تاج التراجم» للإمام قاسم بن قُطلوبُغا ص ٨٢.

(٣) «مفتاح السعادة»٢/ ٦٠١.

(٤) «الجواهر المضية» ٢/ ٩٤.

ومحمد روى عنه، وقال بعضهم: من تصنيف محمد فإنه حين فرغ من تصنيف المبسوط، أمر، أبو يوسف أن يصنف كتابا، ويروي عنه، فصنف هذا الكتاب، وعرضه على أبي يوسف، فقال أبو يوسف: نِعمَ ماحفِظ عني أبوعبدالله، إلا أنه أخطا في ثلاث مسائل، فقال: ما أخطأت ولكنك نسيتَ الرواية.

ومصنف هذا الكتاب جعل لكل كتاب بابا، ولم يرتّب مسائله، وإنما رتّبه الفقيه أبو عبد.الله الحسن ابن أحمد الزعفراني رحمه الله، فنحن نذكرها على الترتيب ترغيبا للمقتبسين وتيسيرا على الطالبين، فنقول وبالله نستعين. . »[1].

وقد كان هذ الشرح مصدرا معتمدا عند الفقهاء، فيرجعون إليه ويقتبسون منه، فقد أحال إليه العلامة ابن نجيم في «البحر الرائق»[2]، والعلامة الحصكفي في «الدر المختار»، كما استفاد منه العلامة ابن عابدين وأشار إليه معلقا على ما ذكره الحصكفي بقوله: «والذي رأيتُه في الشرح المذكور. . . »[3].

وتوجد لهذا الشرح نسخ خطية عديدة في مكتبات العالم، ذكر أماكنَها فؤاد سزكين[4]، وأحتفظ بصورة من نسخة حلب تقع في مجلدين، واستفدت منها أثناء تحقيق «شرح الزيادات».

---

(١) «شرح الجامع الصغير» لقاضي خان، لوحة ٢، نسخة مصورة عن نسخة مدرسة الأحمدية بحلب في جزئين، محفوظة في المكتبة المركزية بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، تحت رقم ٤٩١٧ و٤٩١٥، عدد الأوراق ٣٣٩.

(٢) يقول ابن نجيم في كتاب الصلاة، أثناء شرح باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها: «كذا ذكره قاضي خان في «شرح الجامع الصغير». . . وعلّل قاضي خان وجه كونه كثيرا بقوله: لأنه عمل اليد والفم واللسان. . . » انظر «البحر الرائق» ٢/ ١١.

(٣) انظر «ردّ المحتار على الدر المختار» كتاب الوكالة ٥/ ٥١٩.

(٤) «تاريخ التراث العربي» ٣/ ٦٩.

وقد سجّل الباحثان: أسد الله حنيف، وعبد العليم لاجوردخان تحقيق هذا الشرح كرسالة للدكتوراة في جامعة أمّ القرى بمكة المكرمة، فالحمد لله على ذلك.

٣- « شرح الجامع الكبير »:

لم يذكره عامّة المترجمين له، وإنما ذكره اسماعيل باشا في مصنفات قاضي خان، كما عدّه حاجي خليفة من بين شروح «الجامع الكبير»[1]، ولعلّ العلامة أبو الوفاء الأفغاني اعتمد عليهما فذكر قاضي خان في قائمة شرّاح «الجامع الكبير»[2].

والأمر الذي يؤكّد أن الإمام قاضي خان شَرَح «الجامع الكبير» أنه أحال إليه في «شرح الزيادات»، في كتاب الإقرار، بقوله: "وقد ذكرنا هذا في الجامع الكبير"[3]. يقصد: «شرح الجامع الكبير» كما هو صنيعه في الكتاب وغيره من الفقهاء.

ويغلب على الظن أنه لم يبق له أثر فلا نعرف عن وجوده من بين مكتبات العالم.

٤- « شرح الزيادات »[4]:

وهو الكتاب الذي نحن بصدد تقديمه وتحقيقه، وقد أفردت له بحثا خاصا في الفصل الثالث.

٥- « شرح أدب القاضي » للخصاف:

ذكره حاجي خليفة واسماعيل باشا وقاسم بن قُطلوبُغا وطاش كبري زاده في مؤلفات قاضي خان بهذا الاسم[5]، وذكره الكفوي واللكنوي بعنوان: «شرح أدب القضاء للخصاف»[6].

وكتاب «أدب القاضي» للإمام أحمد بن عمر بن مهير الشيباني، ابي بكر الخصّاف، المتوفي ٢٦١ هـ، كان إماما فاضلا فارضا حاسبا، عارفا بمذهب أصحابه، ورعا

---

(١) انظر «هدية العارفين» لإسماعيل باشا البغدادي ٥/ ٢٨٠، «كشف الظنون» ١/ ٥٦٩.

(٢) انظر مقدمة الأستاذ أبي الوفاء الأفغاني على «الجامع الكبير» ص ٤.

(٣) راجع كتاب الإقرار ص ١٣٣٦.

(٤) «هدية العارفين» لإسماعيل باشا البغدادي ٥/ ٢٨٠، «كشف الظنون» ١/ ٩٦٢.

(٥) «كشف الظنون» لحاجي خليفة ١/ ٤٥، و«هدية العارفين» لإسماعيل باشا البغدادي ٥/ ٢٨٠، «تاج التراجم» للإمام قاسم بن قُطلوبُغا ص ٨٢، «مفتاح السعادة» ٢/ ٢٧٨.

(٦) «الفوائد البهية» ص ٦٥.

زاهدا يأكل من كسب يده، وقد تبوأ منزلة كبيرة بين الفقهاء الحنفية، ونقل عنه الفقهاء المتأخرون كثيرا ودونوا آرائه في كتبهم، وقال عنه شمس الأئمة الحلواني: «الخصّاف رجل كبير في العلم، وهو ممّن يصحّ الاقتداء به»[1].

وعدّه العلامة ابن كمال باشا في الطبقة الثالثة، وهي "طبقة المجتهدين في المسائل التي لارواية فيها من صاحب المذهب"، وهي الطبقة التي يعدّ منها الإمام قاضي خان أيضا، كما ذكرنا آنفا.

ويعتبر كتاب «أدب القاضي» الكتاب الجامع غاية ما في الباب ونهاية مآرب الطلاب، كما قال حاجي خليفة[2] ومن الكتب الأوائل التي ألّفت في أدب القضاء، يقول طاش كبري زاده: "وأشهر التصانيف في علم القضاء «كتاب الخصاف»"[3].

ولذلك تلقّاه الأئمة بالقبول، وشرحه فحول أئمة الفروع والأصول، منهم الإمام أبو جعفر الهندواني (٣٦٢هـ)، والإمام أبو بكر الجصاص (٣٧٠هـ) والإمام أبو الحسين القدوري (٤٣٨هـ)، وشيخ الإسلام علي السُغدي (٤٦١هـ)، والإمام شمس الأئمة السرخسي (٤٨٣هـ)، و الإمام شمس الأئمة الحُلواني (٤٥٦هـ)، والإمام أبو بكر المعروف بخواهر زاده (٤٨٣هـ)، وبرهان الأئمة عمر بن عبد العزيز بن مازه الصدر الشهيد (٥٣٦هـ) و هو المشهور المتداول اليوم من بين الشروح[4]، والإمام فخر الدين قاضي خان (٥٩٢هـ) وغيرهم[5].

---

(١) «الطبقات السنية»١/ ٤٨٥، «الجواهر المضية» ١/ ٢٣٢، «الفوائد البهية» ص٣٠.
وقال العلامة الشيخ أبو الوفاء الأفغاني في مقدمة «كتاب النفقات» للخصّاف، ص ٥، بعد أن نقل هذا القول: "قلت: يروى نحو هذا عن قاضي خان"، أي يروى عنه في حق أبي بكر الخصاف.

(٢) «كشف الظنون» ١/ ٤٦.

(٣) «مفتاح السعادة» ٢/ ٦٠٠.

(٤) وقد طبع الكتاب أولا باعتناء العلامة أبي الوفاء الأفغاني والشيخ أبي بكر محمد الهاشمي، ثم طبعته وزارة الأوقاف ببغداد، في أربع مجلدات، بتحقيق محيي هلال السرحان، سنة١٣٩٧هـ.

(٥) انظر «كشف الظنون» ١/ ٤٦- ٤٧.

ومن الأسف أننا لانقف على مكان وجود شرح قاضي خان بالاطلاع على فهارس المخطوطات و مكتبات العالم، ولقد نقل الإمام قاضي خان عن الخصاف ودوّن آراءه في مؤلفاته الأخرى، خاصة في شرح الزيادات وشرح الجامع الصغير وفتاواه الشهيرة.

٦- « الأمالي في الفقه »:

ذكره الكفوي واللكنوي واسماعيل باشا بهذا العنوان(١)، وقال حاجي خليفة: «أمالي الإمام فخر الدين قاضي خان في الفقه»(٢).

ولعلّه هو المراد عند الإمام الذهبي بقوله في «السير»: "وأملى مجالسَ كثيرة رأيتها"(٣)، وقال في «تاريخ الإسلام»: "رأيت مجلدا من أماليه في سنة سبع، وسنة ثمان، وسنة تسع وثمانين وخمسمائة"(٤).

وذكره واستفاد منه الشيخ عبد الغني الغنيمي الميداني في شرحه لمختصر القدوري: «اللباب في شرح الكتاب»(٥)، وصاحب «الفتاوى التاتارخانية»(٦).

٧- «كتاب المحاضر»:

ذكره حاجي خليفة واسماعيل باشا بهذا العنوان(٧)، وذكره الكفوي ومنه اللكنوي باسم «المحاضر»(٨).

وتوجد نسخة منه في قسم المخطوطات بمكتبة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة بعنوان

---

(١) «هدية العارفين» ٥/ ٢٨٠، «الفوائد البهية» ص ٦٥.

(٢) «كشف الظنون» ١/ ١٦٥.

(٣) «سير أعلام النبلاء» للذهبي، ٢١/ ٢٨٥.

(٤) «تاريخ الإسلام» للذهبي ٤٠/ ٣٩٨، ونقله قاسم بن قُطلوبُغا في «تاج التراجم» ص ٨٢.

(٥) انظر مقدمّة «اللباب في شرح الكتاب» تعليق وتخريج الشيخ عبدالرزاق المهدي ١/ ١٦.

(٦) انظر مقدمة «الفتاوى التتارخانية» ١/ ٤٦.

(٧) «كشف الظنون» ٢/ ١٤٥٦، و«هدية العارفين» ٥/ ٢٨٠.

(٨) «الفوائد البهية» ص ٦٥.

«المحاضر والسجلات»، بخط الشيخ أبي الوفاء الأفغاني[1].

٨ - «الواقعات»:

ذكره الكفوي واللكنوي بهذا الاسم، وذكره حاجي خليفة و اسماعيل باشا بعنوان: «الواقعات في الفروع».

٩- «فوائد الإمام قاضيخان»:

ذكره حاجي خليفة[2]، وأحال إليه الإمام محمد بن محمود الاسروشني المتوفى ٦٣٢هـ في كتابه الشهير«جامع أحكام الصغار» في مسائل الحدود، وفي مسائل الغصب والضمان[3].

وهناك بعض المؤلفات تنسب إلى الإمام قاضي خان وجدتها أثناء تتبعي فهارس المخطوطات لمكتبات العالم، إلا أنني لم أتمكّن من الاطلاع على محتوياتها وبالتالي التأكّد من صحّة نسبتها إلى الإمام قاضي خان، و أسردها فيما يلي:

١٠ - «رسم المفتي» أو «عمدة المفتي»:

توجد نسخة منه في مكتبة الأوقاف العامّة ببغداد، باسم «رسم المفتي»، أوّله: الحمد لله رب العالمين... وآخره: تمّ الفراغ من نسخه في سنة ١٠٤٧هـ على يد أحمد بن عمر الحنفي القادري. عدد أوراقه ٨٩.

كما توجد نسخة منه في مكتبة فيض الله آفندي استنبول، بعنوان: «عمدة المفتي» تحت رقم ١٠٣٤، في ٩٠ ورق.

وكذلك يوجد كتاب في مكتبة أحمد الثالث بعنوان «أدب المفتي لقاضي خان»، تحت رقم ١٠١/٨، وورقه ٣٦١، والظاهر من حجمه أنه نسخة من فتاوى قاضي خان، فإنه يفتتح بفصل في رسم المفتي.

---

(١) تحت رقم ٧٩٦ ف، وعدد أوراقه ١٠٨، نسَخه في سنة ١٣٥٣هـ.

(٢) «كشف الظنون» ٢/ ١٢٩٥.

(٣) انظر «جامع أحكام الصغار» ٢/ ٧٣ و ١٥٠.

١١- «آداب الفضلاء» في اللغة :

ذكره اسماعيل باشا البغدادي في مصنفات قاضي خان. ولم يثبت عند غيره من أصحاب التراجم.

١٢- « الإصلاح شرح الإيضاح »:

توجد له عدة نسخ في مكتبة لاله لي باستنبول، في مجلد واحد، تحت رقم ٨١٥، ٨١٦، ٨١٧، ٨١٨.

١٣- «خزانة الروايات»:

خزانة الروايات في الفروع، لقاضي خان، توجد نسخة منها في مكتبة أيا صوفيا باستنبول، تحت رقم ١١٤٧، وفي ٧٠ صفحة.

الفصل الثالث

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول

كتاب الزيادات
للإمام محمد بن الحسن الشيباني

المبحث الثاني

«شرح الزيادات» للإمام قاضي خان

المبحث الأول

كتاب الزيادات
للإمام محمد بن الحسن الشيباني

«الزيادات» من كتب ظاهر الرواية :

تكاد تتفق كلمة الفقهاء من المتقدمين والمتأخرين ومؤلفي كتب الطبقات والمصنفات وأصحاب التراجم على أن «الزيادات» من كتب ظاهر الرواية التي يتكوّن بها المرجع الأساسي للفقه الحنفي، لأنها مروية عن الإمام محمد روايات مشتهرة بطريق الثقات .

وينسب إلى بعض العلماء أنهم اعتبروا كتاب الزيادات من النوادر، وليس من كتب ظاهر الرواية، ولكن الأكثرين يعدونه منها، وهو الصحيح، وهو اختيار العلامة ابن عابدين وطاش كبري زاده، والعلامة اللكنوي والأستاذ أبي زهرة[1]، ومحمد زاهد الكوثري، والشيخ أبي الوفاء الأفغاني.

أشار إليه العلامة ابن عابدين في منظومته «رسم المفتي» بهذه الأبيات :

و كتب ظاهر الرواية أتت　　ستا وبالأصول أيضا سمّيت

---

(١) ذكر صاحب مفتاح السعادة أن مما تطابقت عليه كلمة الفقهاء التعبير من «المبسوط» و«الزيادات» و«الجامعين» برواية الأصول. ٢/ ٢٦٣، وانظر: النافع الكبير لمن يطالع الجامع الصغير» للكنوي، ص ٩٧، و«أبو حنيفة» لأبي زهرة ص: ٢١٥ .

صنّفها محمد الشيباني   حرّر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير   و السير الكبير و الصغير
ثم الزيادات مع المبسوط   تواترت بالسند المضبوط[1]

وقال الشيخ الكوثري بعد أن تكلّم عن «الزيادات» و«زيادات الزيادات»: "وتُعدّان من أبدع كتبه. . . وهما من الكتب المروية عنه بطريق الشهرة وغلَط من ذكرهما في عداد النوادر"[2] وعلّق عليه الشيخ أبو الوفاء مؤيدا لذلك: "ويؤيّد هذا القول شروح الأئمّة لها، لأنهم لم يشرحوا النوادر، لأنهم ليس لهم علم بدلائل النوادر وأصولها، وفي مناقب الكردري[3] عن ابن جبلة: قال سمعت محمد يقول: لايحلّ لأحد أن يروي عن كتبنا إلا ما سمع أن يعلم مثلَ ما علمنا"[4].

ثم إنني وجدت نصا على ذلك من صاحب الهداية وشارحه البابرتي في «العناية»، قال المرغيناني في كتاب الصيد: "ولا بدمن الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطرارية، وهو الجرح في أيّ موضع كان من البدني"، فعلّق عليه الفقيه البابرتي قائلا: «قوله: "في ظاهر الرواية" يريد رواية الزيادات، فإنه قال: لو قتل الكلب أوالبازى الصيد من غير جرح لا يحلّ، وأشارفي الأصل إلى إنه يحل، والفتوى على ظاهر الرواية»[5].

---

(١) انظر مجموعة رسائل ابن عابدين، «شرح عقود رسم المفتي» ص ١٦.

(٢) بلوغ الأماني في سيرة الإمام محمد الشيباني ص ٦٤.

(٣) ج ٢/ ١٥٢.

(٤) انظر مقدمة «شرح زيادات الزيادات» ص ٨، طبع لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدرآباد، الهند.

(٥) راجع «العناية» بهامش فتح القدير ١٠/ ١٣٥.

سبب تأليف الزيادات:

ذكر العلماء عدة روايات في سبب تأليفه:

فمنها ما روي أن الإمام أبا يوسف لما فرّع فروعا دقيقة في أحد مجالس إملائه قال: يشقّ تفريع هذه المسائل على محمد بن الحسن، ولما بلغه ذلك، ألّف «الزيادات» لتكون حجة على أن أمثال تلك الفروع وما هو أدق منها لا يشقّ عليه تفريعها[1].

ومن المؤرخين من يرى أن هذه المسائل إضافات للمبسوط[2].

ومنهم من يرى أن «الزيادات» يلتحق بالكتب الخمسة، وضعه الإمام محمد إكمالا لها وتفريعا عن مسائلها[3].

ومنهم من يرى أنها إضافات للجامع الكبير[4]، وهذا هوالراجح، لما تبيّن لي من الأمور التالية:

- مما يروى عن الترتيب الزمني لتصنيف «الزيادات» أن الإمام محمد رحمه الله لما فرغ من تأليف «الجامع الكبير» تذكّر فروعا أخر لم يذكرها فيه، فصنّف كتابا آخر ليذكر فيه تلك الفروع، وسمّاه «الزيادات»، ثم تذكّر فروعا أخرى، فصنّف كتابا آخر ليذكر فيه تلك الفروع الأخرى، وسمّاه «زيادات الزيادات»، فقطع عن ذلك ولم يتمّه، قال الشيخ أبو الوفاء الأفغاني بعد أن حكى ذلك: «كذا قاله قاضي خان في شرحه»[5].

---

(١) بلوغ الأماني ص : ٦٤.

(٢) بروكلمان ٣/ ٢٤٩.

(٣) وهو الأستاذ الشيخ محمد الفاضل بن عاشور، مجلة الأزهر السنة السادسة والثلاثون ص: ٩٠٩.

(٤) نظرة عامة في تاريخ الفقه الإسلامي ص : ٢٤٩.

(٥) مقدمة «شرح زيادات الزيادات» ص ١، ولعلّه يقصد «شرح الجامع الصغير» لقاضي خان، فإنني لم أجد هذا الكلام في «شرح الزيادات»

- يؤيّد ذلك ما ثبت في بعض نسخ «منتخب شرح الزيادات» الذي انتخبه صدر الدين سليمان بن وهب من «شرح الزيادات» لقاضي خان، فجاء عنوان الكتاب كالتالي: «الزيادات على الجامع الكبير»، محفوظ في قسم المخطوطات بدار الكتب المصرية تحت رقم ١٢٤٢/ فقه حنفي.

- وهو اختيار الفقيه محمد بن محمد الملقب برضيّ الدين السرخسي، مصنف «المحيط الرضوي» من الكتب الفقهي الموسوعي في أربعين مجلدًا، نقل اللكنوي عنه: "جمعتُ في هذا الكتاب عامة مسائل الفقه مع مبانيها على حسن ترتيبها، وجودة تقسيمها إلى أن قال: وبدأت كل باب بمسائل المبسوط لما أنها أصول مثبتة، وأردفتها بمسائل النوادر والنوازل؛ لما أنها من أصول المسائل منزوعة، ثم أعقبتها بمسائل الجامع؛ لما أنها من زبدة الفقه مجموعة، **ثم ختمتها بمسائل الزيادات لما أنها على فروع الجامع مزيدة،** وسمّيته محيطا لما أنه محيط بمسائل الكتب"[1].

- ولأن منهج الإمام محمد في «الزيادات» يطابق تماما منهجَه في الجامع الكبير، فهو يسرد المسائل في عبارات دقيقة جامعة دون ذكر للأدلة.

أسلوب الكتاب ومنهجه:

يتضح مما سبق أن كتاب الزيادات تكملة للجامع الكبير، فالمنهج الذي سار عليه الإمام محمد في «الزيادات» يطابق تماما منهجه في الجامع الكبير، فأسلوبه فيه محكم رصين يغلب عليه طابع الدقة والصعوبة لانطوائه على فروق فقهية دقيقة وعلل خفية، فهو يذكر المسائل في عبارات دقيقة جامعة دون ذكر للأدلة، لذا أشار إليه الإمام محمد بن شجاع الثلجي بقوله: «مثل محمد بن الحسن في "الجامع الكبير" كرجل بنى دارا، فكان كلما علّى، بنى مرناة يرقى منها إلى ما علاه من الدار، حتى استتم بناءها كذلك، ثم نزل عنها، وهدم

---

(١) «الفوائد البهية» ص ١٩١.

مرانيها، ثم قال للناس شأنكم فاصعدوا»[1].

وأعظم مثال على دقة أسلوبه في الكتاب: «الأيمان». يقول الإمام السرخسي رحمه الله: «من أراد امتحان المتبحرين في الفقه، فعليه بأيمان الجامع».[2] وذلك دأبه في «أيمان الزيادات» أيضا من حيث تضلعه ورسوخه التام في الفقه والأصول وقواعد اللغة.

ولصعوبة مسائل الزيادت أشار إليه الناظم يصفه في تلك الأبيات:

إن الزيادات زاد الله رونقها ... عقم مسائلها من أصعب الكتب

أصولها كا لعذارى قط ما اقترعت ... فروعهن يد في العجم والعرب

ينال قارئها في العلم منزلة ... يغيب إدراكها عن أعين الشهب[3]

وهو يمثّل الفروع الفقهية بدون توجيه أو تعليق للمسائل، ولكن القارئ الملم بالفقه يدرك ذلك بالنظر في ثنايا المسائل، لأنها لم تدوّن إلا بعد المداولة واقتناع كل بما يذهب إليه، بناء على الدليل، فإنها خلاصة الجهود وثمرتها.

وأسلوبه في الكتاب لا يخلو عما يسمى بالفقه التقديري، ويقصد به الفتوى في مسائل لم تقع ويفرض وقوعها وكان هذا المنهج متبعا في زمنه لتدوين المسائل بإيراد الصور مفروضة الوقوع لا واقعة نازلة وتفريع الصورة من الصورة، والاجتهاد في تقرير الحكم الشرعي المنطبق على كل صورة من تلك الصور المفروضة المتسلسلة على النحو الذي تؤلف عليه القوانين الآن، وقد أعطى التدوين الفقهي صورة جديدة من البسط تتمثل في استيعاب المسائل بطريقة افتراض، بعد أن كان يقتصر فيها على النوازل الواقعة.

«وقد كثر هذا النوع من الفقه لدى الفقهاء، لأنهم يحاولون بذلك استخراج العلل

(١) الذهبي، مناقب أبي حنيفة وصاحبيه ص ٨٩-٩٠.

(٢) شرح السير الكبير ١/ ٢٥٢.

(٣) انظر مقدمة «شرح زيادات الزيادات» ص ٨، طبع لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدرآباد.

للأحكام الثابتة بالكتاب والسنة، يوجّهونها فيضطرّون إلى فرض وقائع لكي يسيروا بما اقتبسوا من علل للأحكام في مسارها واتجاهها فيوضّحوها بتطبيقها على وقائع مفروضة لم توجد»[1].

وقد وجّه الإمام السرخسي رحمه الله لهذه الظاهرة خير توجيه، فقال بعد عرض مسائل من «باب صلاة المسافر»: «فإن قيل: لما ذا أورد هذه المسائل مع تيقن كل عاقل بأنها لا تقع ولا يحتاج إليها؟ قلنا: لا يتهيأ للمرء أن يعلم ما يحتاج إليه إلا بتعلّم ما لا يحتاج إليه، فيصير الكل من جملة ما يحتاج إليه بهذا الطريق، وإنما يستعدّ للبلاء قبل نزوله». [2]

وكذلك اعتنى الإمام محمد رحمه الله في كتابه عناية فائقة بمسائل حسابية، وكان هذا أسلوب الفقهاء المتمرّسين بمسائل الميراث والوصية، فأفاض في تفريع المسائل بناء على أصول الحساب.

كما أنه يكثر بمسائل وتفريعات تتعلق بالرقيق خصوصا بالمكاتب، وما ذلك إلا تعبير عن مدى تجاوبه مع ملابسات الزمن، ومقتضياته لفشو تجارة الرقيق ونفاق سوقها في ذلك الزمن، ومعالجة لكافة جوانب هذا الموضوع ليقدم حلولا واقعية لمسائل وقته. وفي الوقت نفسه يعتبر ذلك مجرد مثال لعدة تداولات تجارية، وتنطبق عليها أحكام معاملات كثيرة متداولة في عصرنا هذا، فلا غنى عن هذه المسائل .

نسخ الزيادات في مكتبات العالم:

كتاب الزيادات لم ينشر بعد، وذكر فؤاد سزكين وبروكلمان بعض مظان وجوده في مكتبات العالم، فذكر فؤاد سزكين أنه توجد نسخه الخطية في مكتبة لاله لي باستنبول،

---

(١) راجع «أبو حنيفة» لأبي زهرة ص ٢٥٨-٢٦٢.

(٢) المبسوط ١/ ٢٤٢.

وجار الله، وأيا صوفية، ومكتبة الفاتح، ومكتبة يني، وولي الدين بتركيا، ودار الكتب المصرية القاهرة، ومكتبة ابن عابدين بدمشق[1].

وكانت بغيتي وطلبي الحصول على إحدى هذه النسخ، لأتمكّن على تمييز عبارات المتن من الشرح، فإن عبارة المتن ممزوجة ومختلطة مع الشرح في جميع النسخ الموجودة لشرح الزيادات. ومن أجلها قمت على رحلة علمية إلى كل من استنبول ودمشق والقاهرة، وبعد جهد ومحاولات عديدة تمكّنت من الاطلاع على معظم هذه النسخ، إلا أنه مع الأسف الشديد، فوجئت بعد التصفح والتنقيب أنه ليست في واحد منها نسخة حقيقية لكتاب «الزيادات»، وإن جميع هذه النسخ، إما هي نسخ من كتاب «منتخب شرح الزيادات» لصدر الدين سليمان بن وهب، تلميذ الحصيري الذي من أجلّ تلامذة قاضي خان، - وهو الأكثر - وإما هي نسخ من «شرح الزيادات» لقاضي خان.

والمعروف أن فؤاد سزكين وبروكلمان يعتمدون على فهارس المكتبات في نقل أسماء الكتب أكثر من اعتماده على مراجعة الكتب نفسها، وهذه الفهارس تعوزها الدقة حتى الآن.

وقد رأيت أثناء زيارتي لمكتبات استنبول عشرات من المجاميع ثبت على غلافها اسم «الجامع الصغير» و«الجامع الكبير» و«الزيادات»، لكنه يظهر بعد النظر والتدقيق فيه أنه «منتخب شرح الزيادات» لسليمان بن وهب، الأمر الذي يؤكّد أن كتاب «منتخب شرح الزيادات» كان من بين المناهج الدراسية المقررة في ذاك العصر، فانتشرت نسخه بين الطلاب والعلماء، ونظرا إلى أنه مختصر ومنتخب « شرح الزيادات» اشتهرت الكتاب فيما بينهم بالزيادات، وبدأوا يكتبون عى وجه الغلاف «الزيادات» فقط، ومن هنا انتشر هذا الخطأ في فهارس المخطوطات، ونقل منها في بعض ما كتب ونشر عن الإمام محمد الشيباني ومؤلفاته[2].

---

(١) انظر «تاريخ التراث العربي» المجلد الأول، الجزء الثالث ص ٥٧.

(٢) ومنه: المقال المنشور عن كتب ظاهر الرواية، للأستاذ محمد الفاضل بن عاشور، في «مجلة

مرتّب الزيادات :

رتّبه الإمام محمد بدءً بباب المأذون، ثم رتّبه الإمام أبو عبد الله الحسن بن أحمد الزعفراني، مرتّب الجامع الصغير وتلميذ الإمام محمد، من جديد، فغيّر ترتيب شيخه إلى ما هو عليه الآن .

هو الحسن بن أحمد بن مالك، أبو عبد الله، الفقيه، الزعفراني(١) .

قال الكفوي في ترجمته : "كان شيخا إماما في الفقه، ثقة، رتّب «الجامع الصغير» الذي صنّفه الإمام محمد بن الحسن ترتيبا حسنا، وميّز خواص مسائل محمد عما رواه عن أبي يوسف، وجمعها على أحسن ترتيب، وألطف نظام، وجعله مبوبا، ولم يكن «الجامع الصغير» قبل مبوبا بترتيب المسائل" .

وإنه رتّب كتاب «الزيادات» أيضا، كما يدل عليه كلام الإمام قاضي خان في مواضع من الشرح، يقول العلامة اللكنوي : "ولنا زعفراني آخر مشهور، وهو الحسن بن احمد، مرتّب «الجامع الصغير» و«الزيادات»" . ومن مؤلفاته "كتاب الأضاحي" .

وفي كشف الظنون أنه توفي سنة عشر وستمائة تقريبا، وهذا خطأ، لأن الإمام قاضي خان شرَح الزيادات الذي رتّبه الزعفراني، وأحال إليه عدة مرات، وقاضي خان توفي سنة ٥٩٢ هـ .

الأزهر»، السنة السادسة والثلاثون ص: ٩٠٩. والأستاذ الدكتور محمد الدسوقي في كتابه الإمام محمد بن الحسن الشيباني وأثره في الفقه الإسلامي، ص ١٦٣، وقال فيه عند كلامه عن «الزيادات» : "توجد له نسخة خطية بدار الكتب المصرية تحت رقم ١٢٤٢/ فقه حنفي" ، كما أشار إليه في مقدمته أيضا ص١٠ ، مع أن هذه نسخة من «منتخب شرح الزيادات» لسليمان بن وهب، اطلعتُ عليها وأحتفظ بصورة منها، وثبت جليا على وجه الغلاف : «كتاب الزيادات على الجامع الكبير من تصنيف سيدنا ومولانا قاضي القضاة صدر الدين سليمان الحنفي» .

(١) . انظر ترجمته في : «الجواهر المضية» برقم ٤٣٤ ، «الطبقات السنية» برقم ٦٥٥ ، «الفوائد البهية» ص ٦٠ و ٢٤٥ ، كتائب أعلام الأخيار برقم ٢٠١ ، كشف الظنون ١/ ٥٦٢ .

موضوع الزيادات :

كتاب «الزيادات» يستوعب أبوابا كثيرة من أحكام الفقه الإسلامي، لكنه لايغطّي جميع الأبواب المعروفة في الكتب الفقهية، لما أنه بمثابة تكملة «الجامع الكبير»، كما تعرّض لبعض أحكام المناسك والصلح والفرائض خلال تعرّضه لموضوعات أخرى، وقد توسّع في كتاب الأيمان وكتاب البيوع وكتاب الوصايا وكتاب السير، ودقّق في مسائلها.

كتاب الزيادات ينتظم على ٢٤ كتب فقهية تشتمل على ١٤٠ بابا على النحو التالي :

كتاب الطهارة - كتاب الصلاة كتاب الزكاة - كتاب الأيمان

كتاب النكاح - كتاب الطلاق كتاب العتاق - كتاب البيوع

كتاب الشفعة - كتاب الرهن كتاب الهبة - كتاب الوكالة

كتاب الشهادات - كتاب الدعوى كتاب الإقرار - كتاب الغصب

كتاب الجنايات - كتاب الوصايا كتاب الكفالة -كتاب الحوالة

كتاب المأذون -كتاب المكاتَب كتاب السير - كتاب الصيد

تبين بذلك أن «كتاب الزيادات» يهتم ويستوعب أكثر أبواب المعاملات، ومن المعلوم أن المعاملات الشرعية ذات مسائل كثيرة ومتشعّبة، لتعلقها بحياة الإنسان المعيشية وتعامله مع الآخرين.

شروح الزيادات:

نظرا لجلالة الكتاب وأهميته في المذهب اهتمّ بشرحه كبار الفقهاء، أذكر المشهورين منها :

١ - شرح الزيادات للعتابي :

هو الإمام العلامة الزاهد أحمد بن محمد بن عمر زاهد الدين أبو نصر العتّابى

والعتابي: نسبة إلى عتّابية بفتح العين المهملة وتشديد التاء المثناة من فوق وبعد الألف باء موحدة ثم ياء مثناة تحتية، محلة ببخارى، كان من العلماء الزاهدين أوحد المتبحرين فى علوم الدين، من تصانيفه: شرح الزيادات، رواها جماعة عنه، منهم حافظ الدين النسفي و شمس الأئمة الكردري، قالوا: دقق فيه وحقق، وأبدع مالا يوجد فى غيره، وشرح الجامع الكبير، وشرح الجامع الصغير، وجوامع الفقه المعروف بالفتاوى العتابية، وتفسير القرآن. مات سنة ٥٨٦هـ(١).

قال اللكنوي: قد طالعت من تصانيفه شرح الزيادات، وانتفعت به، وههو مختصر ليس بالطويل الممل، ولا بالقصير المخل.

و الإمام العتابي شرَح «الزيادات» شرحا موجز العبارات والنكات ومحرز المعاني والإشارات، وقد اجتهد في بسط ما صعب منها وقصر ما سهل منها، كما ذكر في باب الوصايا ما يتعلق بالحساب من طرق الجبر والمقابلة(٢).

أول الكتاب: «الحمد لله الذي يكفي كل شيء ولا يكفي منه شيء . . . .» ثم قال بعد الخطبة: أما بعد فإني لما رأيت في أهل الزمن زمانه في اقتباس العلم والاختصار، مهمتمم اختصار والمختصر من كل شيئ. حملني ذلك أن أكتب شرح الزيادات موجزا النكات والعبارات، تحرر المعاني والإشارات، وأجتهد في بسط ما صعب منها وقصرما سهل منها، وأذكر في كتاب الوصايا ما يتعلق بالحساب مع طريق الكتاب سائر الطرق من

---

(١) «الجواهر المضية» برقم ٢٢٢، «الطبقات السنية» برقم ٣٤٤، «الفوائد البهية» ص٣٦، كتائب أعلام الأخيار برقم٣٩٧، الوافي بالوفيات ٨/ ٧٤، طبقات الفقهاء لطاش كبري زاده ص ١٠٠، تاج التراجم ٩، طبقات المفسرين للسيوطي ٦، كشف الظنون ١/ ٤٥٣، ٥٦٣، ٥٦٧، ٥٦٨، ٦١١، ٢/ ٩٦٣، ٩٦٤.

(٢) «شرح الزيادات» ق ٢/ أ، و«الفوائد البهية» ص ٣٦.

الجبر والمقابلة والخطائين والدينار والدرهم والسطوح ما يكون أجمل وأسهل للمتحفظين وأسأل الله التوفيق على الصواب»(١).

توجد له نسخ عديدة في مكتبات العالم، أحتفظ بصورة من نسخة حلب، واستفدت منه أثناء تحقيق شرح الزيادات لقاضي خان.

٢- شرح الزيادات لبرهان الدين ابن مازه:

هو محمود(٢) بن الصدر السعيد تاج الدين أحمد بن الصدر الكبير برهان الدين عبد العزيز بن عمر بن مازه برهان الدين صاحب المحيط البرانى، كان من كبار الأئمة وأعيان الفقهاء الأمة، إماما ورعا مجتهدا متواضعا عالما كاملا بحرا زاخرا حبرا فاخرا، أخذ عن أبيه وعن عمه الصددر الشهيد عمر، وهما عن أبيهما عبد العزيز بن عمر بن مازه، أبوه وجده وجد أبيه كلهم كانوا صدور العلماء الأكابر، وهو ولد صدر الإسلام طاهر بن محمود.

ومن تصانيفه المحيط البرهانى والذخيرة والتجريد وتتمّة الفتاوى، وشرح الجامع الصغير، وشرح الزيادات، وشرح أدب القضاء للخصاف والفتاوى والواقعات والطريقة البرهانية وغير ذلك(٣).

٣- شرح الزيادات للكردري:

هو عبد الغفور بن لقمان بن محمد شرف القضاة تاج الدين أبو المفاخر الكردرى(٤)، إمام الحنفية، ويلقّب بشمس الأئمة، تفقّه على أبى الفضل عبد الرحمن بن محمد الكرمانى، وتولى قضاء حلب لنور الدين محمود بن زنكى، ومات بها سنة اثنين وستين

---

(١) «شرح الزيادات» ق ٢/أ، و«الفوائد البهية» ص ٣٦.

(٢) عدّه ابن كمال باشا من المجتهدين فى المسائل.

(٣) ترجمته في: «الجواهر المضية» ١/ ٣٩١، «الطبقات السنية» برقم ٢٢٩، «الفوائد البهية» ص٢٠٥، ٢٠٦.

(٤) نسبة إلى كَردر على وزن جعفر، قرية بخوارزم. «معجم البلدان» ٤/ ٥١٠.

وخمسمائة، وله تصنيف فى أصول الفقه، وشرح التجريد، وشرَح الجامع الصغير، والجامع الكبير، نهج فيهما على منهج التأصيل، والزيادات وكتاب حيرة الفقهاء، جمع فيه المسائل التى يتحيّر فى حلها العلماء.

مات سنة اثنتين وستين وخمسمائة[١]،

٤ - شرح الزيادات لأبي حفص:

هو عمر بن إسحاق بن أحمد أبو حفص سراج الدين الهندى الغزنوى، كان إماما علامة نظارا فارسا فى البحث مفرط الذكاء عديم النظير، له من التصانيف التى سارت بها الركبان، منها شرح الهداية المسمى بالتوشيح والشامل فى الفقه وزبدة الحكام فى اختلاف الأئمة العلام، وشرح بديع الصول، وشرح المغنى والغرّة المنيفة فى ترجيح مذهب أبى حنيفة، وشرح الزيادات[٢]، وشرح الجامعين ولم يكملا، وشرح تائية ابن الفارض وكتاب فى الخلاف، مات سنة ثلاث وسبعين وسبعمائة[٣].

٥ - شرح شمس الأئمة الحلواني:

هو عبد العزيز بن أحمد بن نصر بن صالح، الحلواني، الملقب بشمس الأئمة، إمام أصحاب أبي حنيفة في وقته، توفي في سنة ٤٤٩هـ[٤]

شرَح الزيادات[٥]، وأحال إليه قاضي خان في كتاب الهبة.

---

(١) ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ٨٤٠، «الطبقات السنية» برقم ١٢٢٩، «الفوائد البهية» ص٩٨، طبقات الفقهاء لطاش كبري زاده ص ١٠٨،

(٢) انظر كشف الظنون ٢/ ٩٦٢.

(٣) انظر ترجمته في: ، «الفوائد البهية» ص١٤٨.

(٤) ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ٨٢١، «الطبقات السنية» برقم ١٢٤٣، «الفوائد البهية» ص٩٥، كتائب أعلام الأخيار برقم ٢٤١.

(٥) انظر النافع الكبير ص ٥٠

٦- شرح الزيادات للإمام السرخسي، أحال إليه السرخسي في المبسوط في عدة مواضع[١]، وكذلك في «النكت على زيادات الزيادات»[٢].

٧ -شرح الزيادات لابن سماعة، ذكره الحَصيري في التحرير[٣]

٨ - شرح الزيادات لأبي عبد الله الجرجاني، يوسف بن محمد، تلميذ الكرخي[٤].

---

(١) «المبسوط» ٨/ ١٢٢، ٢١/ ٣٦.

(٢) النكت للسرخسي، ص٩٣

(٣) التحرير شرح الجامع الكبير مخطوط، ٤/ ١١٢

(٤) الفوائد البهية ص ٢٣١.

المبحث الثاني

شرح الزيادات للإمام قاضي خان

اسم الكتاب ونسبته إلى المؤلف:

عنوان الكتاب كما هو مثبت على غلاف نسخ الكتاب: «شرح الزيادات لقاضي خان».

ومن الملحوظ أن الشارح لم يضع في فاتحة كتابه مقدمة أو تمهيدا يبين فيه تسميته ومنهجه للكتاب، وقد تأكّد لي بعد البحث والتنقيب في نسخ الكتاب التي زاد عددها أكثر من عشر نسخ أن اسم الكتاب هو ماذكر آنفا، وأن مؤلفه هو الإمام فخر الدين قاضي خان.

ويبدو في الظاهر أن قاضي خان آثر أن يظل الكتاب بما سمّاه صاحب المتن وهو الإمام محمد رحمه الله، مضافا إليه كلمة "شرح" فقط إظهارا للواقع، كما هو صنيعه في بقية شروحه من «شرح الجامع الكبير» و«شرح الجامع الصغير» و«شرح أدب القاضي» للخصاف. وهذا يدل على كمال أدبه وحسن إخلاصه.

ومما يبرهن على ذلك أن أصحاب كتب التراجم، وكتب المصادر، ومرتبي فهارس المخطوطات، اتفقت كلمتهم في ذكره بهذا الإسم معزوا إلى المؤلف في مؤلفات قاضي خان، منهم: الكفوي، وقاسم ابن قطلوبغا، وملا علي القاري، وحاجي خليفة، واسماعيل باشا البغدادي، واللكنوي، والزركلي، وفؤاد سزكين[1]. ولم تثر أي شبهة

---

(١) انظر: «الفوائد البهية» ص ٦٥، «مفتاح السعادة» ٢/ ٢٧٨، «كتائب أعلام الأخيار» برقم ٣٨١، «تاج التراجم» ص٨٢، «كشف الظنون» ١/ ١٦٥ «هدية العرفين» ٥/ ٢٨٠، «الأعلام» للزركلي ٢/ ٢٢٤، «معجم المؤلفين» رقم ١٠ ٤٤٧/ ٥٩٤. «الثمار الجنية في طبقات الحنفية» لملا

حول نسبته له فهذا يعدّ اتفاقا علميا على ذلك.

كما يوثق ذلك ورود اسم الكتاب مع نسبته إلى قاضي خان في كثير من مصادر الفقه الحنفي، من ابن الهمام وابن نجيم والزيلعي وابن عابدين، كما سيأتي قريبا.

أهمية الكتاب ومزاياه العلمية:

شرح الزيادات لقاضي خان يعتبر أقوم وأنفس شرح للكتاب، حقق فيه الإمام ودقّق من حيث تقصّي الشواهد والنظائر الفقهية المرتبطة بمسائل المتن، ونظراً لمهمة "المجتهد في المسائل" خرج مسائلها وردها إلى أصولها وأدلتها وأقيستها، واستخلص القواعد العامة من الفروع المتناثرة في الباب، فجمعها في قوالب قواعد فقهية وضوابط محكمة، ومما لا شك فيه أن براعته في الفقه وتمكنه الراسخ للاجتهاد وتعمقه في الاستنباط وذوقه العلمي الرفيع يبرز بكل قوة ودقة في هذا الشرح.

إن المزية الجلية المنفردة التي يتحلّى بها هذا الكتاب وتزيد قيمته العلمية هي أن الإمام قاضي خان سلك في هذا الكتاب "مسلك التأصيل والتقعيد" ويراد بمسلك التأصيل: الاعتناء بتمهيد الأصول من القواعد العامة والضوابط الفقهية أولا، ثم التفريع عليها ثانيا.

مسلك التعليل ومسلك التأصيل عند الفقهاء:

إن المصادر الفقهية العامة، نجد في الغالب منها أن الفقهاء يسلكون فيها "مسلك التعليل" عند ضبط المسائل، وهو ذكر القواعد ثنايا تعليل المسائل، فيسردون المسائل أولا، ثم يعللونها بالقواعد للاستدلال والتوجيه والترجيح، وهذا هو المنهج السائد المنتشر في الكتب التي ألفت في فقه المذاهب قدما وحديثا. . . . إلا أن بعض الفقهاء المبرزين قاموا بابتكار عمل جديد، وهو البدء بالقواعد، ثم ذكر الفروع التابعة لها، وهذه الظاهرة يعبّر

علي القاري الهروي، مخطوط بمكتبة عارف حكمت بالمدينة المنورة برقم ١/ ٩٢٠، ص ٧٥. «تاريخ التراث العربي» ٣/ ٥٨.

Brockelmann: g, 1:376,s,1:643,644.

عنها "بمسلك التأصيل":

وهو استخلاص القواعد العامّة التي كان يلتزمها الأئمة من الفروع المأثورة عنهم، وانتزاع العلل القياسية والضوابط الفقهية التي تضبط الفروع، ووضعها في فواتح الأبواب بعد التعديل والنظر في صياغتها عند الضرورة، ثم التفريع عليها.

ولاشك أن هذا المسلك يقرّب المسائل إلى الأذهان ويثرى عقلية الباحث ويروّض فكره، ويربّى ملكته الفقهية المؤهلة للاستدلال والترجيح، القادرة على تفريع المسائل من القواعد العامة، وبذلك يتمكن القاضي والمفتي على حل القضايا والمسائل المعروضة عليهم مما سكتت عنه النصوص الفقهية، فيردّ الجديد من الحوادث الطارئة إلى ما ثبت لديه من الأصول.

ورسالة الإمام الكرخي في الأصول، وكتاب «تأسيس النظر» للدبوسي ، وكتاب «القواعد» للمَقّري، وإن كان يتمثّل فيها هذا المنهج إلا أن معظم شرّاح «الجامع الكبير» كانوا الروّاد الأوائل الذين نَحوا منحى التأصيل، ومهّدوا هذا المسلك، منهم الإمام الجصاص الرازي (٣٧٠هـ) وأحمد بن منصور الإسبيجابي (٤٨٠هـ) والإمام خواهر زاده (٤٨٣هـ) وصدر الشهيد برهان الدين ابن مازه (٥٣٦هـ) وأبو الفضل الكرماني (٥٤٣هـ)، وعلاء الدين الأسمندي السمرقندي (٥٥٢هـ)، والإمام العتّابي (٥٨٦هـ) والإمام الحصيري وغيرهم، مع اختلاف مناهجهم وتفاوتهم في العرض والأسلوب(١).

سلك الإمام قاضي خان في فتاواه "مسلك التعليل"، وفي شرحه للزيادات سلك "مسلك التأصيل" حيث التزم في جميع مستهل الأبواب من بداية الكتاب إلى نهايته، بوضع تمهيد وتقدمة للباب التي تشتمل على بيان القواعد العامة والضوابط الفقهية المقصورة

(١) يرجع للتفصيل «القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير شرح الجامع الكبير» للحَصيري، للدكتور علي أحمد الندوي ص ١٣٨-١٧٢، (وأصل هذا الكتاب رسالة الدكتوراة قدّمها المؤلف إلى جامعة أم القرى مكة المكرمة)، وفيما أعلم أن المؤلف أول من أبرز هذه الظاهرة المتميّزة عند الفقهاء الحنفية، وأوضح معالمها وكشَف عن جوانبها مفصلا، مع ضرب الأمثلة من مصادر فقهية خطّية، مستهلا من شروح الجَامع الكبير، ومنتهيا إلى «شرح الزيادات» لقاضي خان.

على أبوابها، التي تنبني عليها الفروع التي ذكرها الامام محمد في الباب، وبذلك سهلت معرفة وجوه التفويعات، وقد يشرح هذه القواعد بعبارة جامعة مع التدليل والتمثيل لها، وتراه قد يكتفي بذكر قاعدة أوقاعدتين في الباب وقد يكثر، فيذكر خمس قواعد و أكثر في باب واحد.

يقول الاستاذ الدكتور علي احمد الندوي: "عرف الإمام قاضي خان بمكانته المرموقة عند الحنفية وبفتاواه الشهيرة بالفتاوى الخانية كما تقدم، ولكنك تجد جهوده في جانب التأصيل مغمورة إلى الآن، وذلك يرجع إلى عدم ظهور كتابه «شرح الزيادات»، فإنه يمثل ظاهرة تقعيد الأصول ثم التفريع عليها خيرَ تمثيل، ويضع لبنة جديدة في هذا المجال، رغم وجود محاولات سابقة أخرى، بما يتميز من الدقة والثقة والإحكام"[1]، فهو كتاب فقه وتفقيه.

وهذه القواعد والضوابط الفقهية التي تعرّض لها الإمام قاضيخان في تقدمة الباب تعتبر بمثابة مفاتيح في فكّ مسائلها العويصة، التي تقيم الارتباط الجذري بين الفروع والأصول، وبذلك سهلت معرفة وجوه التفريعات.

ومعظم هذه القواعد مستوحاة من نصوص الكتاب والسنة وآثار الصحابة، مستمدّة من النظر في مقاصد الشريعة الاسلامية وفلسفتها الحكيمة.

شرح الزيادات لقاضي خان مصدر معتمد عند الفقهاء :

نظرا لمايحتلّه الإمام قاضي خان من مكانة مرموقة بين الفقهاء الحنفية، ترى كثيرا من الفقهاء المتأخرين يكثرون النقل عن مؤلفاته القيّمة، وإن كتب الفتاوى والشروح مليئة بالإحالة إليه، والاعتماد على فتاواه وترجيحاته وتصحيحاته.

ومما يدل على أن هذا الشرح ظلّ محل اعتبار وعناية لدى فقهاء المذهب الحنفي

---

(١) القواعدو الضوابط، ص ١٧٠، طبع الكتاب من القاهرة، ١٤١١هـ، وأصل هذا الكتاب رسالة الدكتوراة قدّمهاالمؤلف إلى جامعة أم القرى مكة المكرمة... أما كتاب «التحرير في شرح الجامع الكبير» للحصيري، فما زال مخطوطا لم ينشر، يقع في ست مجلدات.

المتأخرين، أنهم استفادوا منه في مؤلفاتهم، وفيما يلي أذكر على سبيل المثال بعض الفقهاء الذين أخذوا عنه :

١ - أحال إليه المحقق ابن الهمام ونقل منه في مواضع كثيرة من «فتح القدير»، فقد نقل منه في باب المسح على الخفين[١].

وفي كتاب الزكاة، قال ابن الهمام في آخر باب صدقة السوائم: "وبسَطه في «شرح الزيادات»"[٢]، ثم اقتبس عبارة طويلة من هذا الشرح ما يقارب صفحتين. وقال في موضع آخر: "والفرق يطلب في «شرح الزيادات»"[٣]، كما نقل في الجزء الثالث مسائل كثيرة من شرح الزيادات على نفس الترتيب والمنهج[٤].

٢ - نقل عنه الفقيه أكمل الدين البابرتي في شرحه "البناية"[٥].

٣ - أشار إليه العلامة فخر الدين الزيلعي في كتاب الدعوى من «تبيين الحقائق» بعد أن ذكر بعض الأصول التي دوّنها قاضي خان، بقوله: «وبيان طرق هذه المسائل وتخريجها على هذه الأصول وتمام تفريعها مذكور في شرح الزيادات لقاضي خان»[٦].

٤ - ومما يدلّ على قيمة الكتاب العلمية أن العلامة زين الدين ابن نجيم وضعه في قمّة مصادر كتابه الشهير «البحر الرائق»، نصّ عليه في مقدمته قائلا: «ومن الفتاوى: المحيط والذخيرة والبدائع والزيادات لقاضي خان وفتاواه المشهورة . . »[٧].

نرى أن العلامة ابن نجيم عدّه من الفتاوى المعتمدة، فاستفاد منه في مؤلفاته، ونقل منه

---

(١) انظر «فتح القدير» ١/ ١٥٩.

(٢) «فتح القدير» ١/ ٥١٧.

(٣) «فتح القدير» ١/ ٥٠٦.

(٤) «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٥) انظر مثلا باب المسح على الخفين ١/ ١٥٩ من البناية على هامش فتح القدير.

(٦) انظر «تبيين الحقائق» للزيلعي ٤/ ٣٢٤.

(٧) «البحر الرائق» ١/ ٣.

في كتاب الزكاة ومواضع أخر[1].

كما نقل في موضع آخر من البحر كلام الزيلعي الذي ذكرته آنفا، ثم قال: "وقد يسّر الله تعالى لي بشرح الزيادات لقاضى خان قبل تأليف هذا المحل، فأحببت أن أنقل منه بألفاظه، فأقول مستعينا بالله، قال قاضى خان في هذا الشرح من كتاب الجنايات، من باب جناية أم الولد على مولاها وعلى غيره، وجنس مسائل القسمة أربعة.." ثم نقل ما يقارب ثلاث صفحات متوالية من شرح الزيادات بلفظه ونصه[2].

وحَريّ بالذكر أيضا أن «شرح الزيادات» كان من مصادر ابن نجيم في«الأشباه والنظائر» وسجّل أصولَ شرح الزيادات معزوا إليه، في مواضع من الكتاب[3].

٥- كان «شرح الزيادات» من جملة مصادر العلامة ابن عابدين[4]، وإنه اعتمد كثيرا على ترجيحات قاضي خان وتصحيحاته، وقد سبق أن نقلت كلمته: "لايعدل عن تصحيح قاضي خان فإنه فقيه النفس"[5].

وفي هذه النقول دلالة واضحة على أن شرح الزيادات كان مصدرًا معتمدًا لدى الفقهاء وموضع التعويل لدى الفقهاء المتأخرين.

وقد ذكر طاش كبرى زاده في كتابه الشهير«مفتاح السعادة» شرحَ الزيادات وشرحَ الجامع الصغير لقاضي خان من الكتب المعتبرة والمعتمدة في الفقه وعلم الفتاوى[6].

---

(١) انظر «البحر الرائق» ٢/ ٢٤١.

(٢) «البحر الرائق» ٧/ ٢٤٦.

(٣) فمثلا قال في ص٢٥٩: «يدل عليه أن قاضى خان قاله في أول البيوع في شرح الزيادات، فصارت مسائل الباب على قسمين..»،
كما جاء في ص ٤٨٦ من الأشباه: «وفي شرح الزيادات لقاضى خان من أول كتاب الغصب، الأصل الأول: إن زوال المغصوب عَن ملك المالك عند اداء الضمان، عندنا يستند...»

(٤) انظر حاشية ابن عابدين ٧/ ١٦٤. طبع دار الفكر.

(٥) حاشية ابن عابدين ٤/ ٥١٣.

(٦) «مفتاح السعادة ومصباح السيادة في موضوعات العلوم» لأحمد بن مصطفي طاش كبرى زاده

ومما يدل على عناية الفقهاء واهتمامهم بهذا الشرح الأبيات التالية التي أثبتت على غلاف نسخة مكتبة الأحمدية بحلب:

حَمدا لمن تفضّلَ بالإحسان | على عبـــاده بلا امتنان
على النبي أفضل الصلاة | المصطفى من بني عدنان
والآل والصَحب على التوالي | إلى انقضاء غاية الأوان
فهذه زيادات الإمام | محمد بن الحسن الشيباني
وشرحها للأوزجندي | العالم المشتهَر بقاضي خان
فضائله أضحَى بها الدهرُ حاكيا | وكفى بنا هذا لجلالة الشأن
ولم ترَ عينُ الزمان بمثله | أزاهيرَ في روضة النعمان
يمهّد أصلاً أوائلَ بابه | بثمر في الفرع على الإتقان
ويبحث عن فروق المسائل | عن أمثالها بأوضح التبيان
ولو سمعا حكما بنقل مسألة | لم يختلف بثبوته خصمان
أرجو من الرحمن أن يخصّهما | بزيادة الغفران والرضوان
وبفيض هذا الدعاء أتوسّل | لعفو ذنوبي إلى الرحمن

وأنا الملتجي الله تعالى
أحمد المدرس......[1]

بعض خصائص الكتاب ومنهجه:

نهج الإمام قاضي خان في هذا الشرح أسلوبا علميا مركزا من حيث الترتيب وحسن التنظيم وتهذيب المسائل، وأكتفي هنا بالإشارة إلى بعض النقاط الرئيسية التي برزت لي أثناء تحقيق الكتاب:

تحقيق كامل كامل بكرى وعبد الوهاب أبو النور ج٢ ص٦٠٢ دار الكتب الحديثة - القاهرة.

(١) كلمتان غير واضحة، فلم أثبتهما، غلاف نسخة مكتبة الأحمدية بحلب.

١-التزم في مستهلّ الأبواب في الكتاب كله، بوضع تمهيد يشتمل على بيان القواعد والضوابط الفقهية التي تبنى عليها الفروع المتناثرة التي ذكرها الإمام محمد في الباب.

٢-يهتم بشرح تلك الأصول والقواعد بعبارة جامعة وجيزة، مع التمثيل والتفريع عليها في كثير من الأبواب، كما يذكر أحيانا الأدلة التي استمدت منها هذه القواعد، وله في هذا المجال ذوق علميّ رفيع ونظرات جيّدة، مستمدّة من النظر في مقاصد الشريعة وفلسفتها الحكيمة، كما يظهر للقارئ ثنايا تأصيله للأبواب[1].

٣-يلخّص المسائل التي ذكرها الإمام محمد في الباب قبل البدء في شرحه، ويدوّنها تحت عنوان "الفصل"، أو "القسم"، وأحيانا ينظّم الفصل إلى مسائل حسب المقتضى.

٤- سبق أن أشرت إلى أن هذا الشرح اندمج مع أصل الكتاب: «الزيادات» اندماجا، كغيره من الشروح الأخرى لكتب ظاهر الرواية، وتُمثّله تمثلا كاملا، فدرج الإمام قاضي خان بعد تأصيله للباب على أنه يورد كلام الإمام محمد، مصدّرا ذلك في الغالب بقوله: «إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله..»، أو «إذا عرفنا هذه الجملة قال محمد..»، ثم يبدأ في التشريح والتفريع، والتعليل والتدليل.

ومن هنا نستطيع أن نجزم ببداية كلام محمد دون نهايته، حيث أننا لانجد أيّ إشعار لنهاية كلامه.

٥-أحيانا يربط الأحكام بالأدلة الشرعية، ويوجّه لها عن طريق الاستشهاد بالآيات الكريمة أو الأحاديث النبوية أو آثار الصحابة، أو إجماع الأمة أو القياس والاستحسان.

٦- كثيرا ما يخرّج الفروع الجديدة على الأصول المدونة في فاتحة الباب، وبذلك ساهمَ مساهمة جادّة في تفريع الفروع الفقهية.

---

(١) انظر مثلا: باب من يغسل من الشهداء ومن لايغسل ص ١٨٤ - ١٨٧، و٣٦٠، و٣٦٤، ٣٦٦، و١١٥٨.

٧- يعتني ببيان وجوه الفرق بين المسائل المتشابهة والمتلابسة الذي ذكره الإمام محمد في «الزيادات»، فيفرّق بين مسألتين، وقد يفرّق بين عدة مسائل، ويوجّه له بقوله: "والفرق" أو "ووجه الفرق فيه"، وقد يكثر في بيان هذه الوجوه[1].

٨- يوضّح المسألة من كافّة جوانبها، ويعتني ببيان وجوه مختلفة للمسألة، ويضمّ إليه ما في الكتب الأخرى من النظائر، كما توسّع في التخريج والتفريع، وأسهب في المسائل الحسابية إسهابا مدهشا حيث قد يسجّل عشرات الصفحات في مسألة واحدة، ويخرّجها على عِدّة طرق حسابية سائدة في زمنه.

٩- يهتمّ بذكر الخلاف إن كان هناك خلاف في المسألة بين الإمام أبي حنيفة وأصحابه، مع التدليل والتوجيه لكل قولٍ.

وسلك مسلك الترجيح عند تعدد الروايات عن أئمة المذهب، خصوصاً عند اختلاف الروايات المروية عن الإمام محمد، مع بيان أوجه الترجيح، وكما سبق أن تصحيحه وترجيحه معتمد ومقبول عند الفقهاء. ونظائر ذلك كثيرة في هذا الشرح.

١٠- قد يتطرّق إلى آراء المذاهب الأخرى الفقهية، خصوصا رأي الإمام الشافعي رحمه الله وأدلته، وذلك نادر.

١١- في كثيرمن المواضع يذكر آراءمشايخه و وكبار الفقهاء، واختياراتهم الفقهية، أمثال الطحاوي والكرخي والخصاف والجصاص والسرخسي والقدوري والشاشي والبزدوي والحُلواني وغيرهم من كبار الفقهاء المجتهدين.

١٢- قد يورد أقوال المخالفين وأدلتهم على صورة اعتراض بقوله: "فإن قيل" أو "لايُقال" أو "فيه إشكال"، ثم يجيب عما أوردوه بأسلوب علمي دقيق.

وهذا موجز بعض مزايا كتابه.

كل ذلك جعل الكتاب مجموعة طيبة مختارة ومصدرا معتمدا عند الفقهاء.

---

(١) انظر ص ١٩٤٣، ١٩٤٥.

منهج الإمام قاضي خان في التأصيل :

برزت معالم التأصيل عند قاضي خان في شرحه واضحة المعالم ، وتميّزت من الدقّة والثقة والإحكام، مع غزارة المادة وعمق الفكرة ودقّة التفقّه وقوّة الاستنباط والفهم، ويظهر فيها بكلّ وضوح شخصيّة قاضي خان الاجتهادية وملكته الفقهيّة التي صار بها «فقيه النفس» على حد تعبير العلامة قاسم بن قُطلوبُغا والعلامة ابن عابدين، كما يتبدى ذلك للناظر في الكتاب، و فيما يلي أشير باختصار إلى المنهج الذي سار عليه قاضي خان عند التأصيل:

١- التزم بأن يستهل كل باب بأصل أو أصلين أو أصول. والمنهج السائد هو التأصيل في فاتحة الباب ، إلا أنه أحيانا يؤصل لكل فصل عند بدءه .

وعموما يذكر القواعد والضوابط في فاتحة الباب، ثم يزيد عليه أثناء شرح المسائل.

٢- يفصح عن تأصيله للباب بقوله: «بنى الباب على أصول: منها. . » وقد يعبّر بقوله: " أصل الباب" ثم يذكر غيرها بعنوان "حرف آخر" .

٣ - في بعض الأبواب يتعرّض لأدلة الكتاب والسنة أولا، ثم يخلص منه إلى ذكر ضابط تتخرج عليه مسائل الباب[1] .

٤-كثيرا ما يدمج قواعد متعددة في أصل واحد، لارتباط بعضها ببعض، وأمثلة ذلك كثيرة، أكتفي بواحدة منها، قال في أول باب من كتاب الشهادات:

«بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن جهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة؛ لأن المقصود من الشهادة القضاء، والقضاء إلزام، وإلزام المجهول لايتحقق.

والثاني: أن القاضي لايقضي بدليل فيه شبهة، ولاينقض قضاؤه بدليل فيه شبهة،

(١) كما يظهر في باب من يغسل من الشهداء ومن لايغسل ص ١٨٤-١٨٦

المعرف أن الثابت لايبطل بالشك، وغير الثابت لايثبت بالشك»[1]

٥- هناك قواعد تكرر ذكرها في كثير من الأبواب، بصياغة واحدة أو بصياغة مختلفة، يشير إليه قاضي خان بقوله: «بنى الباب على أصول عرفت غير مرة "[2]. ولايخفى أن هذا التكرار يدل على كثرة فروع ذلك الأصل.

٦- قد يشرح القاعدة شرحا وافيا في مستهل الباب بالتوجيه والتمثيل والتفريع.

٧- قد يسهب إسهابا، ويفصّل في عرض أصول الباب، فمثلا ذكر في باب من البيوع ثمانية أصول، وفي أول باب من كتاب المأذون بنى البابَ على ستة أصول.

٧- إن الإمام قاضي خان رحمه الله درج عند تأصيله للباب على مصطلح خاص، حيث يعنى بقوله: "أصل" أو "حرف" كل قاعدة لها ظلال فقهية.

فيشمل ذلك كلَ قاعدة فقهية عامة التي وردت في قوالب وصياغات وجيزة مركّزة، أوضابطة فقهية مقصورة على بابها، أوقاعدة أصولية التي تتخرج عليها الفروع الفقهية، أو أصول نحوية التي تتخرج عليها المسائل الفقهية كما في أبواب الأيمان والوكالة والوصايا، وقد أسهب في شرح هذا النوع من القواعد. بسبب عناية الإمام محمد بهذا الموضوع عناية تامة.

مصادر الكتاب التي اعتمد عليها الشارح:

استجمع الإمام قاضي خان المادّة الفقهية الغزيرة في شرحه للزيادات من مصادر الفقه الحنفي الأصيلة المتداولة في عصره، ونظرا لكونه شارحا للجامعين الصغير والكبير، فقد كان على اطلاع واسع بمادتهما الغزيرة، وما ورد في شروحهما للمتقدمين، فضلا عن إحاطته لآراء وفتاوى فقهاء المذهب، ولذلك نراه يركّز ويعتمد على كتب ظاهر الرواية وشروحها، وكتب النوادر والنوازل والأمالي، التي أحاطت لتخريجات فقهاء المذهب

(١) انظر ص ١٢٥٣.

(٢) انظر كتاب الوكالة ص ١٢٠١.

وترجيحاتهم واختياراتهم، وإن أكثر ما حواه الشرح من مصادر غير موجودة، أو غير منشورة، مما يجعل الكتاب متميّزا بما تضمنه من تراث فقهي قيّم نادر.

وإن الإمام قاضي خان قد يذكر مصدرا، فيحيل إليه أو ينقل منه، وقد ينقل آراء الفقهاء من غير ذكر مرجَع له، وفيما يلي أذكر أوّلا قائمة المصادر الفقهية التي صرّح بها في الشرح حسب الترتيب الهجائي:

١ - الأصل للإمام محمد

٢ - الأمالي للإمام أبي يوسف

٣ - الأمالي للإمام محمد

٤ - الإملاء

٥ - التجريد للقدوري

٦ - الجامع الصغير للإمام محمد

٧ - الجامع الكبير للإمام محمد

٨ - الرقّيات للإمام محمد

٩ - الزيادات للإمام محمد

١٠ - السير الكبير للإمام محمد

١١ - السير الصغير للإمام محمد

١٢ - شرح الجامع الكبير للطحاوي

١٣ - شرح الجامع الصغير للطحاوي

١٤ - شرح السير الكبير للسرخسي

١٥ - شرح مختصر الطحاوي للجصّاص

١٦ - المبسوط للإمام محمد

١٧ - مختصر الطحاوي

١٨ - مختصرالقدورى

١٨ - مختلف الرواية لأبي الليث السمرقندي

١٩ - المنتقى للحاكم الشهيد

٢٠- النوادر

٢١ - الواقعات للناطفي

وفيما يلي أسرد أسماء بعض الأعلام من كبار الفقهاء الذين ذكرهم أو نقل آرائهم قاضي خان من غير أن ينصّ على مصدر معيّن:

الإمام أبو جعفر الطحاوي

قاضي أبو عاصم العامري

أبوالليث السمرقندي الفقيه

الإمام زفر

الإمام أبو عبد الله الحسن بن أحمد الزعفراني

الإمام الشافعي

أبو اسماعيل حمّاد بن أبي سليمان مسلم الكوفي

أبو بكر الجصاص، الرازى

أبو بكر محمد بن الفضل، الكماري البخاري

أبو بكر، محمد بن أحمد ين علي بن شاهويه، القاضي

أبو سليمان موسى بن سليمان الجوزجاني

أبو طاهر الدباس

أبو نصر محمد بن سلام البلخي

أبوسعيد عبد الملك، الشهير بالأصمعي اللغوي

أحمد بن حفص المعروف بأبي حفص الكبير

أحمد بن عِصمة، أبوالقاسم الصفار

أحمد بن عمر، أبوبكر الخصاف

أحمد بن محمد بن اسحاق أبو علي الشاشي

اسماعيل بن حماد

بشر بن الوليد بن خالد الكندي القاضي

بشربن غياث المريسي

بكر بن محمد العَمّي القاضي

حسن بن زياد

داود بن على الأصفهاني

شريح بن حسن القاضي، الكندي

عافية بن يزيد القاضي

عبد الحيد بن عبد العزيز، القاضي، أبو حازم

عبيد الله بن الحسين الشهير بأبي الحسن الكرخي

عطاء بن حمزة السغدي

قاضي القضاة أبو الحسن علي بن الحسين السغدي

علي بن محمد البزدوي

عيسى بن أبّان

قاسم بن معن بن عبد الرحمن بن عبد الله بنُ مسعود

محمد بن أحمد، أبو عاصم العامري القاضي

محمد بن أحمد، أبو بكر الإسكاف البلخي

محمد بن الحسين خواهرزاده

محمد بن سماعة التميمي

محمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى، الأنصاري، القاضي

محمد بن يحي أبو عبد الله، الفقيه الجرجاني

معلّى بن منصور الرازي

هلال بن يحي بن مسلم الرازى

يوسف بن خالد السمتي [1]

تقويم الكتاب :

(الف) محاسن الكتاب :

يتميّز هذا الكتاب بميّزات عديدة وسمات كثيرة، سبق ذكر جملة منها، ومن أهمّها :

١- يستهلّ مؤلفه جميعَ أبواب الكتاب بتمهيد يحتوي على أصول وقواعد جامعة وضوابط فقهية تضبط فروع الباب، وهذا من أبرزمحاسن الكتاب، كما يوثّق أحيانا تلك الأصول بالأدلة النقلية والعلل القياسية، مع التوجيه والتمثيل والتفريع عليها في كثير من الابواب.

٢- يهتمّ المؤلف بالفكرة الفقهية، ويتّسم مناقشاته بالروح العلمية السليمة مجتنبا عن التجريح والتنقيد، كما يمتاز هذا الشرح بوضوح البيان وسهولة الأسلوب، بعيدا عن الحشو والتعقيد والإشارات الدقيقة، والمباحث اللفظية والجدل المنطقي، وإن كان طبيعة الموضوع

---

(١) هذه قائمة الفقهاء والأئمة فقط، وسوف تأتي تراجم هؤلاء حين ورودهم في الكتاب، أما الأعلام المفصّلة الذين ورد ذكرهم في «شرح الزيادات» فيمكن الاطلاع عليه في فهرس الأعلام، في آخر المجلد السادس.

جعلته صعبا غامضا في بعض المواضع، بسبب التفريعات الفقهية الدقيقة التي يتعرض لها المؤلف أثناء الشرح.

٣- يعتني ببيان الفرق بين المسائل المتشابهة والمتلابسة ووجوهه، وقدأكثر في هذا، وهذا عنوان دقة فقهه وعمق مداركه، لأن إظهارالفروق بين المسائل لا يستطيعه إلا النوادرمن الفقهاء، وكل هذابلغة فصيحة نيّرة لا تلمس فيها عجمة بلده.

٤- استخلص المادة العلمية الغزيرة من الرواد السابقين: أمثال الطحاوي والكرخي والخصاف والجصاص والسرخسي والقدوري والشاشي والبزدوي والحُلواني وغيرهم من كبار الفقهاء المجتهدين، مما جعل الكتاب متميّزا بما تضمنه من تراث فقهي عريق.

٥- اهتمّ بالتصحيح والترجيح عند اختلاف الرواية عن أئمة المذهب، مع التوجيه والبيان لكل منهما، وقد سبق أن تصحيحه وترجيحه معتمد ومقبول لدى فقهاء المذهب.

(ب) الملحوظات على الكتاب:

وهذا الشرح على ما فيه من مزايا وخصائص متميّزة لم يخل من بعض الملحوظات العلمية. منها:

- خلوّ الكتاب من مقدمة تعبّر للقارئ عن المنهج الدي وضعه المؤلف نصب عينيه. كما وضعها الإمام قاضي خان في فتاواه وفي شرح الجامع الصغير.

- ترتيبه لبعض فصول الأبواب لم يكن منتظما و لا متناسقا، فإنه قد يقسّم الباب إلى فصول، ثم يصرّح بالأول، ولايصرّح بالثاني أو الثالث أحيانا[1].

- ذكره للأحاديث بالمعنى، كما يورد الحديث بدون سند واسم راويه، وقد يدمج بين حديثين أو أحاديث في نص واحد[2].

---

(١) انظر على سبيل المثال الباب الأول من الطهارة ص ١٤٨، و باب ماستهلك من الغنائم ص ٢٠٧٣، ٢٠٨٣.

(٢) انظر مثلا باب من يغسل من الشهداء ومن لايغسل، ص ١٨٥.

- يذكر أحيانا اسم الكتاب دون ذكر المؤلف، كما ينقل من المشايخ دون أن يذكر الكتاب الذي نقل عنه، ولعل هذا نهج الكثير من المصنفين المتقدمين، اعتمادا على إحاطتهم وتمكّنهم من هذه الكتب وكونها معروفة بين أيديهم.

والحقيقة أن هذه المآخذ لاتقدح في الكتاب إطلاقا، ولاتقلّل من أهميته العلمية، فإنه لايكاد يخلو كتاب من مثل هذه المآخذ.

وصف نسخ المخطوط المعتمدة:

لقد اعتمدت في تحقيق هذا الكتاب على خمس نسخ خطّية :

(١) - نسخة مكتبة فيض الله آفندي باستنبول:

وجعلتها أصلا معتمدا عليه لأنها تتميز بمزايا تالية:

١ - نَسَخها عبدالكريم بن دهقان بن عمر الخوارزمى المعروف بالحلبي في بخارا من أصل نسخة المصنف رحمه الله، وقد نصّ عليه الناسخ على غلاف الكتاب من المجلد الأول، فجاءت العبارة التالية في غلاف المجلد الأول بنفس القلم وبخطّه المخصوص:

« كتاب الزيادات لولي... القاضي الإمام الأستاذ فخر الدين الحسن بن منصور بن محمود الأوزجندي المعروف بقاضي خان، رحمة الله عليه، كتبتُ هذه النسخة من نسخة المصنف بكورة بخارى سنة إحدى وسبعين وخمس مائة » (الوجه الثاني من اللوحة ٣).

كما صرح به الناسخ وباسمه وتاريخ نسخه في آخر المجلد الأول فجاء فيه:

«تمّ كتاب الوكالة، وبه يتمّ الدفتر الأول من الكتاب، ويتلوه كتاب الشهادات، وهو رأس الدفتر الثاني. اتفق الفراغ من إتمامه على يدي العبد العاصي الراجي فضل ربه وغفرانه عبد الكريم بن دهقان بن عمر الخوارزمي المعروف بالحلبي، عشية يوم الأربعاء، السابع والعشرين من ذي الحجة، سنة إحدى وسبعين

وخمس مائة، بكورة بخارى، من أصل المصنف رحمة الله عليه ».

وقوله: " بكورة بخارى، من أصل المصنف رحمة الله عليه" نص عليه في موضعين، في الوجه الثاني من اللوحة ٢٨٥.

٢- إنها أقدم نسخة عريقة من بين النسخ الموجودة في مكتبات العالم، نُسخت في بخارا - بلد المؤلف - وفي حياته، حيث نسخها الناسخ في حياة المصنف، يوم الأربعاء ٢٧ من ذى الحجة سنة ٥٧١هـ، أي قبل وفاة المؤلف بإحدى وعشرين سنة تقريبا، لأن الإمام قاضي خان توفي في رمضان من سنة ٥٩٢هـ.

ومن الملاحظ أن «فؤاد سزكين» أغفل عن ذكر هذه النسخة القيّمة النادرة.

٣- إن الناسخ راجَع هذه النسخة، وصحّح أخطائها، و أكمل سقطها في الهامش، وبناء على أن الناسخ نسَخها من نسخة المصنف، فبالتأكيد أنه قابلها بأصل المصنف. وهذا الأمر يزيد دقّتها وإحكامها وقيمتها العلمية.

٤- هذه النسخة و إن كانت أكثر عناء ومشقة في القراءة بسبب إعجامها وعدم تنقيط عباراتها إلا أنها أقل أخطاء و سقوطا، وكونها غير منقوطة، يؤكّد أقدميّتها من غيرها، وتمكّن ناسخها من العربية.

٥- إنها نسخة كاملة في مجلدين، تقع في ٥٥٥ لوحة، أي ١١١٠ صفحة، بحجم كبير، قياسها ١٥ × ٢٣ سم، وأسطرها ١٩، ومتوسط كلماتها ١٥ كلمة، وهذه النسخة العريقة محفوظة في مكتبة فيض الله آفندي باستنبول تحت رقم ٧٦١، و٧٦٢، وبفضل الله تعالى سعدتُ بزيارة هذه النسخة وتصفّحتها، وأحتفظ بصورة منها، ولله الحمد.

وقد رمزت لهذه النسخة المعتمدة عليها بقولى (الأصل).

٢- نسخة مكتبة تشتربيتي (ايرلندا) برقم ٣١٦٦، نسخها فقيه معروف القاضي المفتي محمد بن على بن عثمان تلميذ صاحب الهداية، في سنة ٦٦٦هـ، وعدد لوحاتها ٤٣٩، ويوجد شريط مصور منها في مكتبة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ورمزت لها بعلامة (الف).

٣- نسخة مكتبة تشتربتي برقم ٤٩٩١، نسخها يوسف بن اسرائيل في سنة ٦٣٧هـ وعدد لوحاتها ٤٠١، يوجد شريط مصور منها في مكتبة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ورمزت لها بعلامة (ب) .

٤-نسخة خطية أصلية كاملة، محفوظة بالمكتبة المركزية في جامعة الإمام، برقم ١١٠، تقع هذه النسخة في مجلد ضخم فاخر في ٣٥٦ لوحة، وهذه النسخة وإن كانت متأخرة إلا أنها واضحة ومصححة في الهامش، كما قوبلت على بعض النسخ القديمة، ورمزت له بعلامة (ج) .

٥- نسخة مكتبة الأزهر نسخها ابراهيم بن سعود في سنة ٧١٠هـ تحت رقم ٢٦٨٢٠ رافعي. وعدد لوحاتها ٣٧٦، يوجد شريط مصور منها في مكتبة مركز البحث العلمي بمكة المكرمة برقم ١٧٠، وفي مكتبة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة برقم ٢٣٦٧، ورمزت لها بعلامة (د) .

وصلّى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

***

(صورة الصفحة الأولى من نسخة الأصل)

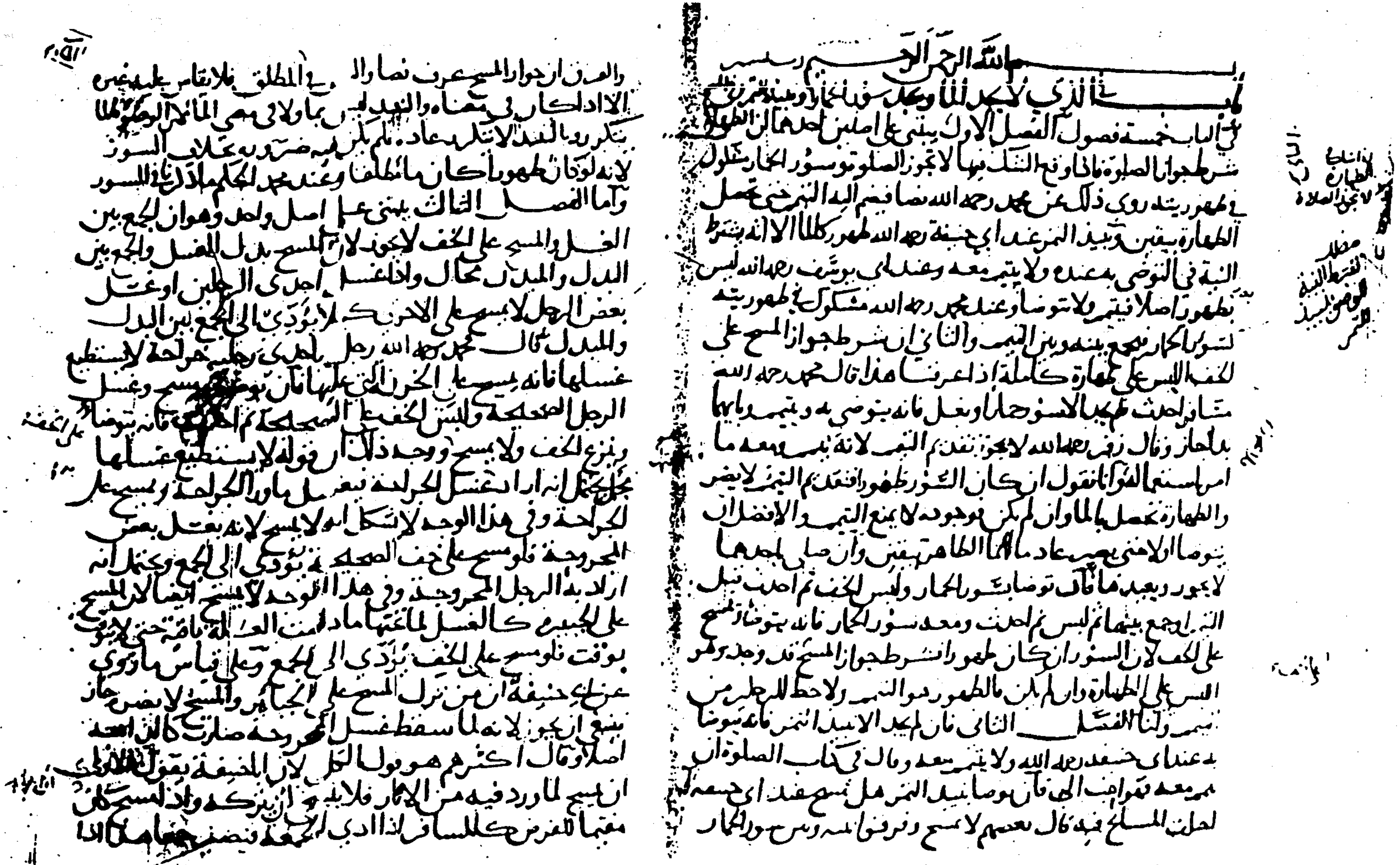
على أنه لو كان الوحشي ارزه المسلم او ارسل كلبه بعد ما انزجر عنه كلب المجوسي
ويكون اتباعه حل اكله لانعدام الاعانة وان ارسل او زجره فعل ذلك كره اكله
لوجود الاعانة وكذا لو ارسل المجوسي بازيا او صقرا على صيد فاتبل الصيد يهوي
الى الارض فاعترض البازي فرماه مسلم وسمى له فاصابه السهم وقتله ان كان ذلك
قبل ان يرجع عنه البازي لا يحل اكله لوجود الاعانة وكذا كلبا او بازيا غير
معلم اتبعه الى صيد واتبعه فارسل مسلم اليه كلبه المعلم او صقره او رماه
بسهم وسمى فقتله لا يحل اكله لان مشاركة الكلب والبازي الذي هو غير معلم
محرم فكذلك الاعانة وان رماه المسلم بعد ما انصرف عنه غير المعلم حل
اكله لما قلنا الفصل الرابع مسلم ارسل كلبه المعلم على صيد
وسمى فزجره مجوسي او صاح به فانزجر لزجره واشتد لصياحه فاصاب الصيد
وقتله لا بأس باكله فرق بين هذا وبين ما تقدم اذا رمى مسلم الى صيد ثم رمى
المجوسي فاصاب سهم المجوسي سهم المسلم وزاد في مضيه فاصاب الصيد
وقتله فانه لا يوكل استحسانا والفرق بينهما ان سبب الحرمة الشركة في
الذكاة والاعانة عليها اما الشركة فلانه ليس في الذكاة لا يوجد ...
الا ترى ان المجوسي اذا جرح شاة الى مسلم ليجرحها فذبحها المسلم حل اكلها ففي
فصل الرمي وجدت الشركة في الذكاة لان ذكاته الرامي نفس الرمي
فاذا رمى المجوسي فقد شاركه في الذكاة اما في فصل الارسال فذكاة المسلم
ارسال الكلب وزجر المجوسي وصياحه ليس من الذكاة ولكن الشركة انما تعتبر
في الجنس الواحد لا في الجنس المختلف ولا مجانسة بين الارسال والصياح

لان احدهما فوق الآخر فلا تثبت المشاركة حتى لو ارسل المجوسي لا يؤكل
لوجود المشاركة قال وكذا لو ارسل الكلب المعلم على صيد وسمى فزجره فاشتد
لذلك وقتل الصيد حل اكله بخلاف ما لو رمى الكلب محرم او حلال في الحرم وقلنا
ان هو المجوسي وعلى المحرم الجاني الوجوه كلها لان بسبب ... وجود الجزاء لكان
محظور الاحرام وتعرض الصيد من محظورات الاحرام اما الحرمة اما تثبت
بالشركة في الذكاة ولم توجد ... على المحرم بالدلالة ولو
كان لا يحرم الصيد بدلالة المحرم فكذلك ... وهذه مسألة لا ذكر لها في المبسوط
وذكر الكرخي في المسألة ان الصيد يحرم بدلالة المحرم في قول ابي حنيفة وابي يوسف ...
وظاهر الحديث دليل عليه وهو قوله عليه السلام للصحابة اي قتادة هل اعنتم
هل اشرتم هل دللتم لا يسوى بين الاعانة والدلالة وعلى الاباحة باسمها
الخلو عن المذكورات في الجملة الفصل الخامس مسلم رمى سهما
الى صيد فهبت الريح وردته الى ورائه ثم اصاب الصيد وقتله لا يؤكل لان حكم
الرمي قد انقطع وحصلت الاصابة بالريح فصار كانه مات حتف انفه وكذا
لو صرفته يمنة او يسرة و قطع سيره وان ضربته الريح وزادت في ذهابه
حتى اصاب الصيد وقتله اكل سواء كان السهم يصل الى هذا الموضع بدون
الريح او لا يصل لان فعل الريح ليس من جنس الرمي لان فعل الريح هدر لا حكم
له والرمي فعل ... له الحكم فلا تثبت المشاركة وكذا لو اصابه الريح يمنة او
يسرة الا انه لم يقطع سيره لان هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه
لان الهواء لا يخلو عن الريح ما لم يقطع سيره لا يبطل حكمه والله اعلم بالصواب

تم كتاب الرمايات بحمد الله ومنه

(صورة الصفحة الأخيرة من المجلد الثاني من نسخة الأصل)

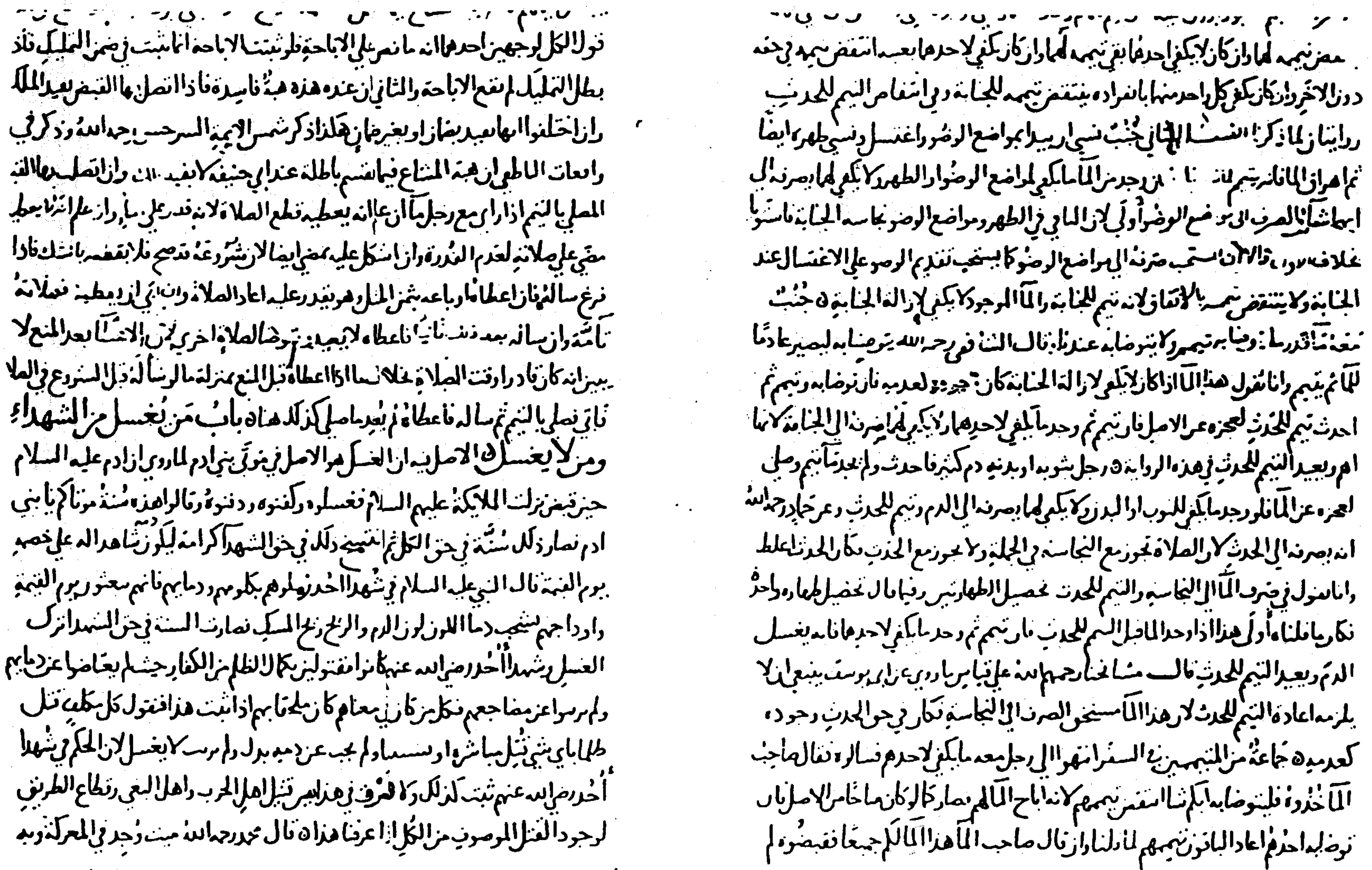
(صورة من نسخة مكتبة الأحمدية بحلب)



(الصفحة الأولى من نسخة في مكتبة تشتربيتي برقم٣١٦٦

المشار إليه برمز (ألف) في التحقيق تاريخ النسخ ٦٦٦هـ)

صورة من نسخة مكتبة تشستربيتي المشار إليه برمز (ب) تاريخ النسخ ٦٣٧هـ)



(صورة من نسخة مكتبة الأزهر)

كان على صاحبها خراج. فان فضل شيء من الثمن صرفه الى المالك لانه بدل ملكه. قيل هذا قول ابي يوسف ومحمد. لان عندهما القاضي يملك بيع مال المديون بالدين والنفقة. اما عند ابي حنيفة القاضي لا يملك ذلك فلا يبيع الامام لكن يامر المالك بالبيع. وقيل لا بل هذا قول الكل. لان ابا حنيفة يرى الحجر لمنفعة العامة كما يرى الحجر على الطبيب الجاهل والمفتي الجاهل والمكاري المفلس. وضرر تعطيل الخراج يرجع الى عامة المسلمين. ولان الخراج حق متعلق برقبة الارض فصار كالعبد في التركة فيها الدين. وثمة القاضي يملك البيع كذلك هنا.

باب النزول على الحكم

بني الباب على اصلين احدهما ان الصلح على المجهول باطل لان الصلح شرع لقطع الخصومة. والصلح على المجهول لا يقطع الخصومة. والثاني ان حكم الحكم اذا خالف حكم الشرع لا ينفذ كحكم القاضي. وفي الباب فصلان النزول على حكم الله تعالى والنزول على حكم فلان. اما الاول قال محمد رحمه الله اذا حاصر المسلمون حصنا او بلدة فطلبوهم ان ينزلوهم على حكم الله تعالى فليس لهم ان ينزلوهم على حكم الله تعالى. وعن ابي يوسف انه لا باس به لانهم طلبوا النزول على حكم الله تعالى وحكم الله تعالى في الكفار هو الدعاء الى الاسلام فان ابوا فعرض الجزية. فان ابوا فقتل المقاتلة وسبي النساء والذرية. ثبت ذلك بالكتاب والسنة قال الله تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة وقال عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله وقال الله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون والدليل عليه ان بني قريظة نزلوا على حكم الله تعالى فحكم سعد بن معاذ رضي الله عنه بقتل مقاتلتهم وسبي نسائهم وذريتهم فجوز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لقد حكمت بحكم الله تعالى من فوق سبعة ارقعة. وجه ظاهر الرواية ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في وصيته لامراء السرايا اذا حاصرتم حصنا واراد وكم ان تنزلوهم على حكم الله تعالى فلا تنزلوهم فانكم ما تدرون ما حكم الله فيهم ولكن انزلوهم على حكمكم ثم احكموا. الانزال على حكم الله تعالى واشار الى انه لا يدرى لان حكم الله تعالى ما هو حق قطعا ويقينا الى الله تعالى من غير تردد والمجتهد لا يصيب لا محالة فلا ينبغي للامام ان يجيبهم الى ذلك لانه لا يقدر على المطلوب. وما قال بان حكم الله تعالى في الكفار معلوم قلنا ما ذكر من الحكم فهو حكم الله تعالى في الكفار الذين قهرناهم

الدبوسي

قوله فطلبوهم في نسخة فطلبوا من المسلمين

والموعظة

قوله ما حكم الله فيهم اي لا تدرون جواب هذا الاستفهام

وظهرنا

وظهرنا عليهم عنوة واما الحكم في الذين تركوا الحراب قبل الظفر بهم وطلبوا منا النزول على حكم الله تعالى غير معلوم ولانهم نزلوا على حكم يتفق الفريقان على انه حكم الله تعالى فيهم وهؤلاء ما اعترفوا ان حكم الله تعالى فيهم احد هذه الاشياء الثلاثة اذ لو اعترفوا بذلك لانقادوا وآمنوا به او بذلوا الجزية وهذا ابناء على ان المجتهد يخطئ ويصيب وقال بعض الناس يصيب لا محالة وحكي ان ابا يوسف دخل على الخليفة يوما وعنده العلماء يتكلمون في هذه المسألة وارتفعت اصواتهم فقال الخليفة انا كم القاضي ليفصل بينكم وسأله عن هذه المسألة فقال هذا مما لا يعنيني فامر الخليفة بان يعطى له مائة الف درهم وامر بان يكتب اعطى ابو يوسف مائة الف درهم بتركه ما لا يعنيه ثم قال لابد ان تقول فقال يخطئ ويصيب ونستدل بهذا الخبر فانه لو كان مصيبا لا محالة لما قال عليه السلام ذلك الا انه ان اخطأ لا يأثم ويثاب عليه قال الله تعالى ففهمناها سليمان وكلا آتينا حكما وعلما اثنى عليهما وبين انه اصابها احدهما وقد جاء في الاخبار انه ان اصاب فله اجران وان اخطأ فله اجر واحد هذا كالتحري في امر القبلة فان الله تعالى جعل الكعبة قبلة وامر الناس بالتوجه اليها في الصلاة وامر بالتحري عند الاشتباه ثم المتحري مرة يخطئ ومرة يصيب فهذا كذلك فان اخطأ الامام وانزلهم على حكم الله تعالى فانه يدعوهم الى الاسلام لانه حكم الله تعالى في حق كل كافر فان اسلموا فهم احرار لا سبيل عليهم ونساؤهم وذراريهم واموالهم مسلمة لهم لقوله عليه السلام فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم ولان اسلامهم في هذه الحالة كاسلامهم قبل النزول من الحصن لانهم اسلموا طوعا قبل القهر والظهور عليهم فصار كما لو اسلموا قبل النزول ويوضع على اراضيهم العشر لانهم صاروا من اهل توظيف العشر وان ابوا الاسلام جعلهم ذمة يؤدون الجزية عن جماجمهم والخراج عن الاراضي لانا نعلم يقينا ان ردهم الى مأمنهم ليكونوا حربا على المسلمين ليس من حكم الله تعالى فيهم. ولانهم كانوا بهذه الصفة قبل النزول. فاذا نزلوا وتركوا ذلك اختيارا لم يكن مرادهم الرد الى مأمنهم بل تركوا ذلك الى شيء آخر ولا وجه للقتل والسبي لانهم نزلوا على حكم الله تعالى ولا نعلم يقينا ان حكم الله تعالى في الذين تركوا الحرب طوعا هو القتل والسبي لا محالة

(صورة من نسخة خطية أصلية محفوظة
بالمكتبة المركزية - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية)

شرح الزيادات

للإمام محمد بن الحسن الشيباني ١٣٢م - ١٨٩م

تأليف

الإمام الفقيه فخر الدين حسن بن منصور بن محمود الأوزجندي الفرغاني

المعروف بقاضي خان المتوفى ٥٩٢هـ

تحقيق وتعليق

دكتور قاسم أشرف نور أحمد

المجلد الأول

المقدمة - القسم الدراسي - الطهارة - الصلاة - الزكاة - الأيمان

إن الدين عند الله الإسلام

بسم الله الرحمن الرحيم

ربِّ يسِّر وأعن وتمِّم بالخير ياكريم ، ﴿ أليس الله بكاف عبدَه ﴾ .[1]

الحمد لله ربّ العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله أجمعين[2].

[كتاب الطهارة والصلاة][3]

باب في الذي لايجد الماء ويجد سؤر[4] الحمار أو النبيذ[5] وفي المسح

في الباب خمسة فصول :

---

(١) سورة الزمر ، ٣٦ .

(٢) الظاهر أن هذه الخطبة من نساخ الكتاب وتصرفاتهم ، لا من أصل الكتاب ، ويدل عليه اختلاف عبارات الخطبة في جميع النسخ تعبيرا وبيانا ونقصا وزيادة ، وقدجمعت وأثبتت ماثبت في النسخ المختلفة .

(٣) هذا العنوان غير موجود في جميع النسخ المتوفرة ، وهو إضافة من الباحث ، لتتناسب مع نهج الكتاب ، فإن الإمام محمد رحمه الله رتّب أبواب «الزيادات» على كتب فقهية ، وهذا ظاهر من نهج الكتاب عموما ، فقد نصّ على بقية الكتب من كتاب الزكاة والأيمان والنكاح وغيرها ، وإن الإمام العتّابي (أحد شُرّاح الزيادات) ذكر هنا عنوان «كتاب الصلاة» ، وقدجمعت في العنوان "الطهارة والصلاة" ، لأنه يضمّ ثلاثة أبواب من الطهارة وأربعة أبواب من الصلاة .

(٤) "السّؤر" بالضمّ : البقية ، والفَضلة ، والجمع : الآسار . والفعل : أسأر . «القاموس المحيط» للفيروزآبادي ص٥١٧ ، لسان العرب لابن منظور : ٣/ ١٩٠٥ ، والسؤر : بقية الماء التي يُبقيها الشارب في الإناء أو في الحوض ، ثم استعير لبقية الطعام وغيره . «ردّالمحتار» لابن عابدين : ١/ ٢٢٢ ، ويطلق على الماء الذي خالطه اللعاب . «فتح القدير» لابن الهمام : ١/ ١١٧ .

(٥) وفي نسخة (ب) " أو نبيذ التمر " . و" النبيذ" : الملقى ، وما نُبِذ من عصير ونحوه ، ونبذ تمرا : جعله نبيذا . «القاموس المحيط» ص ٤٣٢ .

الفصل الأول والثاني ينبني على أصلين[1] :

أحدهما : أن الطهارة شرط جواز الصلاة[2] ، وإذا وقع الشك[3] فيها لاتجوز الصلاة، و سؤر الحمار مشكوك[4] في طَهوريته[5] ، روي ذلك عن محمد نصاً[6] ،

(١) الملحوظ في نهج الإمام قاضي خان عند تأصيله للباب أنه عَبّر عن "القاعدة" و "الضابط" بكلمة "الأصل" باعتبار ما يتفرع عليه من فروع وجزئيات، وهذا دأبه في مستهلّ معظم الأبواب.

(٢) قال الإمام ابن المنذر : "أجمع اهل العلم على أن الصلاة لاتجزئ إلا بطهارة إذا وَجَد المرء إليها السبيل" ، «الإجماع» ص ٣١ .

(٣) "الشكّ" نقيض اليقين. «لسان العرب» لابن منظور ١٠/ ٤٥١، وقال أبو البقاء: الشك: "هو اعتدال النقيضين عند الإنسان وتساويهما" ، «الكليات» لأبي البقاء أيوب بن موسى الكفوي: ص٥٢٨، وأحسن الجُرجاني بإضافة كلمة "الشاك" في تعريفه: هو التردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدهما على الآخر عند الشاك. «التعريفات»: ص ١٦٨، وفي شرح الأشباه : "الشك لغة مطلق التردد، وفي اصطلاح الأصول استواء طرفي الشيء، وهو الوقوف بين الشيئين بحيث لايميل القلب إلى أحدهما" . «غمز عيون البصائر» للحموي ١/ ٨٤.

(٤) "سؤر الحمار والبغل مشكوك" شاع هذا التعبير عند جمهور فقهاء الأحناف، والفقيه أبو طاهر الدبّاس كانُ ينكر هذه العبارة ويقول : "لايجوز أن يكون شيئ من حكم الشرع مشكوكا فيه ولكن يُحتاط فيه، فلا يجوز أن يتوضأ به حالة الاختيار، وإذا لم يجد غيره يجمع بينه وبين التيمم احتياطا" . ذكره الامام السرخسي في المبسوط ١ / ٥٠ وابن الهمام في فتح القدير ١ / ١١٣ والبابرتى في العناية ١/ ١١٣ ، ولعلّه تأثراً بهذا اصطلَح القاضي أبوالحسن علي السُّغدي في « النتف في الفتاوى» بأنه: "مشكل محتاط فيه" ١/ ١١، و هذا أولى وأنسب ، و اختار هذا التعبير الإمام قاضي خان في شرحه للجامع الصغير، الجزءالأول ص ٧ ، شريط مصوّر محفوظ في المكتبة المركزية بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية تحت رقم ٤٩١٧ .

(٥) "الطَهور" بالفتح اسم لما يُتطهّر به ، وحكى المطرزي عن ثعلب: "أن الطَهور ما كان طاهرا في

نفسه مُطَهِّرا لغيره". «المغرب» ٢/ ٢٩. وهذا صريح في أن الشكّ في طَهوريته لا في طهارته، و قد اختلف الفقهاء في ذلك ، فقال بعض الفقهاء ومنهم الإمام السرخسي بأن الشك في طهارته، «المبسوط» ١ / ٤٩، ويقول جمهور الفقهاء من الحنفية بأن الشك في طهوريته فقط لا في طهارته، وهوالراجح المختار، أنظر: الهداية ١ / ٢٤ و «فتح القدير» ١ / ١١٤ و «ردّ المحتار» ١ / ٢٢٦ و «فتاوى النوازل» لأبي الليث السمرقندي ص ١٠. وبه جزَمَ قاضي خان في فتاواه فقال: "واختلفوا في الشك، قال بعضهم : الشك في طهارته حتى لو وقَع في الماء القليل يُفسده ، والصحيح أن الشك في طهوريته" «فتاوى قاضي خان» على هامش الفتاوى الهندية ١ / ١٨ . يقول الطحطاوي ناقلا عن البحر: "والمعتمد أن كلا من عرق الحمار ولعابه طاهر، وإذا أصاب الثوب أو البدن لايُنجّسه ، وإذا وقع في الماء القليل صار مشكوكا ، وإن الشك في جانب اللعاب والعرق ، أي في ذاتهما متعلق بالطهارة، وفي جانب السؤر متعلق بالطهورية فقط ، ولا شك في الطهارة ، لأن الماء طاهر بيقين وقد خالطه مشكوك في طهارة وهواللعاب أوالعرق ، فلا ينجس بالشك ، ولكن أورث شكا في طهوريته للاحتياط، حتى لو اختلط هذا السؤر بماء قليل جاز الوضوء به من غير شك مالم يُساوه". «حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح» ص ٢٠ .

وهنا لابدّ من التنبيه على أن جماعة من الفقهاء علّلوا الشك في طهارة لعاب الحمار والبغل وعرقهما بتعارض الأدلة في حرمة لحومهما وإباحتها ، قال المرغيناني: "وسبب الشك تعارض الأدلة في إباحته وحرمته واختلاف الصحابة رضي الله عنهم في نجاسته وطهارته". «الهداية» ١ / ٢٤ . ومنهم الكاساني : «بدائع الصنائع» ١ / ٦٥ والقاضي أبوالحسن علي السغدي: «النتف في الفتاوى» ١ / ١٢ والإمام أبو محمد علي المنبجي : «اللباب في الجمع بين السنة والكتاب» ١ / ٨٦، والزيلعي: تبيين الحقائق ١/ ٣٤ ، والإمام علي القاري الهروي: «شرح النقاية ١/ ٦٠.

و هذا التعليل ليس بسديد ، ولذلك تعقّب عليه الفقهاء المتأخرون ، يقول صاحب التلويح : "وهذا ضعيف ، لأن أدلة الإباحة لاتساوي أدلة الحرمة في القوة ، حتى ان حرمته ممايكاد يجمع عليه ، كيف ولو تعارضتا لكان دليل التحريم راجحا كما في الضبع ، حيث يحكم بنجاسة سؤره" «التلويح مع التوضيح» ٢ / ١٠٤ يرجع للتفصيل «إعلاء السنن» للشيخ ظفر احمد العثماني ١ /

يضم إليه التيمم حتى تحصل الطهارة بيقين[1] .

. ٣٠٣

فالأصح أن دليل الشك هو التردّد في تحقّق الضرورة المسقطة للنجاسة ، لإن الحمار يربط في الدور والأفنية و يشرب من الإجّانات المستعملة ، فبالنظر إلى هذا القدر من المخالطة ، فيه الضرورة والبلوى ، إلا أنها دون ضرورة الهرّة والفأرة لد خولهما المَضَايقَ دون الحمار ، فلولم تكن ضرورة أصلا كان كالسباع في الحكم با لنجاسة بلا إشكال ، ولو كانت الضرورة كضرورتهما كان مثلهما في سقوط النجاسة ، وحيث تحقّقت الضرورة من وجه دون وجه ، واستوى ما يوجب الطهارة والنجاسة تساقطا للتعارض ، ووجب المصير إلى الأصل ، والأصل شيئان : الطهارة في الماء ، فلا يتنجّس بمالم تتحقق نجاسته ، والنجاسة في جانب اللعاب والعرق بمقتضى حرمة لحمه الثابتة ، إلا أن الضرورة تحققت في عرقه حيث يتعذّر للراكب الإ حتراز عنه ، فيجب سقوط نجاسته رفعا للحرج ، وقد ركب النبي صلى الله عليه وسلم الحمارَ معروريا والحَرّحَر تهامة ، ولم يرد الأمرفي حديث بغسل الثياب والبدن عنه ، بخلاف لعاب الحمار متردّد في ثبوت الضرورة ، فبقي الأمر مشكلا ، نجسا من وجه وطاهرا من وجه آخر . انظر : «التلويح مع التوضيح» ٢ / ١٠٥ ، «فتح القدير» و«العناية »١ / ١١٥-١١٦ .

(٦) صرّح به قاضي خان في «شرح الجامع الصغير» فقال : من المشايخ من قال : لاشك في طهارته ، إنما الشك في طهوريته ، وهكذا رُوي عن محمد نصا ، فإنه قال : " ثلاث لو غمس الثوب فيه يجوز فيه الصلاة : الماء المستعمل وسؤر الحمار وبول مايؤ كل لحمه " . «شرح الجامع الصغير» مخطوط ١/ ٨ ، كما ذكر البابرتي نصّ الإمام محمد رحمه الله في «العناية» ١ / ١١٤ .

(١) روى الإمام محمد في «الأصل» عن أبي حنيفه ، قال : " هذا أخْذٌ بالثّقة ، فإن أجزاه سؤرالحمار لم يضره التيمم شيئا ، و إن لم يُجزه كان قد تيمم . «كتاب الأصل» ١/ ١١٢ . و هنا تندرج بعض الضوابط الفقهيّة التى تتفرّع من القاعدة المشهورة الثابتة : " اليقين لا يزول بالشك " :

١- " النجس الثابت بيقين لايَر تفع إلا بطاهر بيقين " . ابن عابدين : «ردّالمحتار» ١ / ٢٧

٢- " ما ثَبَتَ بيقين لايَرتفع إلابيقين . " ابن نجيم : الاشباه والنظائر ص ٦٤ .

ونبيذ التمر[1] عند أبي حنيفة طهور كالماء ، [إلا أنه تشترط النية[2] في التوضؤ به

٣- "لا يتنجّس بنشئ ما كان طاهرا، ولا يَطهرُ ما كان نجسا". قاضي خان: «شرح الجامع الصغير» مخطوط، ورق ١ /٨ .

(١) "نبيذ التمر" الذي اختلف فيه الفقهاء فسّره الإمام محمد رحمه الله في «النوادر» بقوله: "هو أن يلقي تميرات في ماء حتى صار الماء حلوا رقيقا، ولا يكون مشتدّا ومُسكرا". النهاية ١ / ١٢٠ ، لأن من عادة العرب أنها تَطرَح التمرَ في الماء الملح ليحلو. فلو توضأ بالنبيذ قبل أن يصير حُلوا جاز بلاخلاف، ولو توضأ به إذا أسكرَ فلايجوز بالإجماع، لأنه صار مُسكرا حراما، وإذا طبخ أو اشتدّ فالصحيح من مذهب أبي حنيفة أنه لا يجوز الوضوء به. «البحر الرائق» ١ / ١٤٣ .

وقال قاضي خان: "والنبيذ الذي تكلموا فيه أن يلقي في الماء تميرات حتى يأخذ الماء حلاوتَه، ولا يشتد، ولا يصير مسكرا، ولا يجوز التوضى بالمطبوخ حلوا كان أو مشتدا. ومن أصل أصحابنا أن الماء إذا تغير بالطبخ لا يجوز التوضى به كماء البا قلاء وماء الورد ونحوه ، وإذا طبخ بما يقصد به المبالغة في التنظيف كالأ شنان والصابون فحينئذ يجوز به التوضي مادام رقيقا، فإن غلب ذلك على الماء وصار ثخينا لا يجوز به التوضي، فإذا كان هذا حكم الماء المطلق فما ظنك في النبيذ المطبوخ" «شرح الجامع الصغير» مخطوط : ١ / ٨ ، تبين من ذلك أن الذي اختلفوا فيه هو: «نبيذ التمر الرقيق السيال الحلو غير المطبوخ غيرالمشتد» فقال الإمام الشافعي والإمام أحمد وأبو يوسف من الحنفية رحمهم الله بأنه لا يجوز الوضوء به ويتيمم عند ذلك. راجع: «بدائع الصنائع» ١/ ١٧ ، حاشية ابن عابدين ١/ ٢٢٧ ، «البحر الرائق» ١/ ١٤٤ ، المغني لا بن قدامة ١/ ١٠ . المهذب ١ / ٤ ، قوانين الأحكام الشرعية لا بن جزّي ص ٤٥ .

(٢) "النية" في العبادات هي: "قصد الطاعة والتقرب إلى الله تعالى في إيجاد الفعل" ، ابن نجيم نقلا عن «التلويح»، وعرّفها البيضاوي بأنها: "الإرادة المتوجهة نحوَ الفعل ابتغاءً لوجه الله تعالى وامتثالا لحكمه" . «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ٢٤ .

وذكر ابن الهمام والبابرتي عن القدوري أنه لايجوز التوضؤ بنبيذ التمر إلا بالنية كالتيمم، لأنه بدل عن الماء، حتى لا يجوز التوضؤ به حال وجود الماء، وينتقض وضوؤه إذا وجد ماءً مطلقا.

عنده][1] ، فلايتيمم معه[2] .

وعند أبي يوسف ليس بطهور أصلا ، فيتيمم ، ولايتوضأبه[3] .

«فتح القدير» و «العناية»: ١/ ١٢٠ . ويلاحظ هنا أن قاضي خان ذكر اشتراط النية في الوضوء بنبيذ التمر فقط ، أما سؤر الحمار فحكى ابن الهمام الخلاف فيه ، وقال: "والأحوط آن ينوى" «فتح القدير» ١/ ١١٧ ، ونقل ابن عابدين عن البحر والنقاية أنها شرط فيه وفي نبيذ التمر. «ردّالمحتار» ١/ ٢٢٧ .

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل ، وزيدت من (الف) ، (ب) ، (ج) و (د) فإنها زيادة مهمّة .

(٢) رُوي عن الإمام أبي حنيفة رحمه الله أربع روايات في نبيذ التمر :

الأولى : يتوضأ به جزما ولا تيميم معه ، وهى قوله الأول ، وهى رواية « الجامع الصغير» ص ٧٤ و«الزيادات» ، هذه هي المشهورة وذكرت في أكثر المتون ، انظر الهداية ١ / ٢٤ ، «الفتاوى الهندية» ١ / ٢٢ .

الثانية : يتوضأبه ، ويضيف إليه التيمم استحبابا ، فا لجمع بينهما مستحب ، وهي رواية " الأصل" في كتاب الصلاة ١ / ٧٤ .

الثالثة : يجب الجمع بينه وبين التيمم كسؤر الحمار ، وهو قول الإمام محمد ، وذكر الكاساني أنها رواية الحسن عن أبي حنيفة . « بدائع الصنائع » ١ / ١٥ ، كما صرح بها ابن الهمام نقلا عن " خزانة الأكمل" «فتح القدير» ١ / ١٢٠

الرابعة : أنه يتيمم ولا يتوضأبه ، وهو قوله الأخير ، وبه قال أبويوسف والأئمة الثلاثة .

ويلا حظ أن بعض الفقهاء ذكروا ثلاث روايات لأبي حنيفة في هذه المسئلة ، مثل ابن عابدين ، فقد ترك الرواية الأولى المشهورة ، «ردّالمحتار» ١ / ٢٢٧ وأبي بكر الجصاص في أحكام القرآن فقد ترك الرواية الثانية والبابرتي ، فقد ترك الرواية الثالثة ، «العناية» ١ / ١١٨ ، لكن الذي تحقق بعد التّتبع هو أربع روايات عنه ، كما ذكرت آنفا .

(٣) وجه قول أبي يوسف أن الله تعالى أوجب التيمم عند عدم الماء المطلق ، ونبيذ التمر ليس بماء

وعند محمد رحمه الله نبيذ التمر مشكوك في طهوريته كسؤر الحمار، فيجمع بينه و بين التيمم[1].

والثاني: [أن][2] شرط جواز المسح على الخف[3] اللّبس على طهارة

مطلق، بدليل أنه لايجوز التوضؤ به مع القدرة على الماء المطلق، فآية التيمم توجب نقل الحكم من الماء المطلق إلى التراب فمن نقله إلى النبيذ ثم من النبيذ إلى التراب فقد خالف الكتاب. بدائع الصنائع ١/ ١٥.

وروَى نوح بن أبي مريم وأسد بن عمرو والحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه رجع إل قول أبي يوسف، «كتاب الأصل» ١/ ٧٥، وهو المفتى به في المذهب لموافقته رأي الجمهور ولأنه ثبت رجوع الإمام إليه واختاره الطحاوي: «مختصر الطحاوي» ص ١٥، وقاضي خان: «شرح الجامع الصغير» مخطوط ١ / ٨، فتاوى قاضي خان ١ / ١٨. وقال ابن الهمام: " وجب تصحيح الرواية الموافقة لقول أبي يوسف". «فتح القدير» ١ / ١١٩، وعلّل الحصكفي كونه المفتى به: بأن المجتهد إذا رجَع عن قول لايجوز الأخذُ به. وقال ابن عابدين: " وهو المذهب المصحّح المختار المعتمد عندنا." «ردّالمحتار» ١ / ٢٢٧، وقال ابن نجيم: " وبالجملة فالمذهب المصحح المختار المعتمد عندنا هو عدم الجواز موافقة للأئمة الثلاث"، فلا حاجة للاشتغال بحديث ابن مسعود الدال علي الجواز، لأن من العلماء من تكلم فيه وضعفه، وإن أُجيب عنه بما ذكره الزيلعي وغيره. البحرالرائق ١ / ١٤٥، وهو اختيار العلامة العيني: عمدة القاري ١ / ٩٤٨.

(١) ووجه قوله أن آية التيمم تقتضي ثبوت النقل إلى التيمم عند فقد الماء من غير واسطة بينهما، وحديث ليلة الجن يوجب الوضوء به فيجمع بينهما احتياطا، ولأن في الحديث اضطرابا وفي التاريخ جهالة، فوجب الجمع بينهما. «تبيين الحقائق» للزيلعي ١/ ٣٥، «العناية» ١/ ١١٩.

(٢) "أن" سقط من الأصل، وثبت في بقية النسخ.

(٣) "المسح" لغة: إمرار اليد على الشيئ، وشرعا: إصابة البَلّة لخف مخصوص في زمن مخصوص.

كاملة.(١)

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله :

[الفصل الأول](٢) :

و "الخف" شرعا : الساتر للكعبين فأكثر من جلد ونحوه. انظر الدرّ المختار ١/ ٢٦١.

(١) روى محمد عن أبي حنيفة يُعبّر عن هذا الشرط : قلتُ: أرأيتَ رجلا غَسَل رجليه. ولبس خُفيه على غير وضوء ثم أحدث، أيتوضأ ويمسح على خفيه؟ قال: لا، قلتُ: لمَ؟ قال: لأنه ليس له أن يمسح على الخفين حتى يلبسهما على وضوء تامّ، فإن لبسهما على وضوء تامّ ثم أحدث بعد ذلك، توضأ ومسح عليهما. «كتاب الأصل» ١/ ٨٩.

أما وجه اشتراط هذا، فأولا : لما رواه الشيخان من حديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال : «صببت على رسول الله ﷺ في وضوئه، ثم أهويتُ لأنزع خفيه، فقال: دَعهما فإني أدخلتهما طاهرتين، ومسح عليهما» أخرجه البخاري في الوضوء، باب إذا أدخل رجليه وهم طاهرتان، رقم ٢٠٦، ١/ ٣٩٠، ومسلم في الطهارة، باب المسح عى الخفين، رقم ٢٧٤، ١/ ٢٣٠.

وثانيا : ماذكره السرخسي أن موجَب لبس الخف المنع من سراية الحدَث إلى القدمين، لا تحويل حكم الحدث من الرجل إلى الخف، وإنما يتحقق هذا إذا كان اللبس على طهارة. «المبسوط» ١/ ٩٩. ثم إنه يشترط عند الحنفية كمالَ الطهارة وقت الحدَث، لا وقت اللبس، حتى لوغَسَل رجليه ولبس خفيه ثم أكمَل الطهارةَ ثم أحدَث، يُجزئه المسح، لأن الخف مانع حلول الحدث بالقدم، فيراعى كمال الطهارة وقت المنع، وهو وقت الحدث. راجع للتفصيل : «الهداية» و «فتح القدير» ١/ ١٤٦، «بدائع الصنائع» ١/ ٩، «فتاوى قاضي خان» ١/ ٤٩، «اللباب في الجمع بين السنة والكتاب» ١/ ١٦٠.

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ المتوفرة وإضافة من الباحث، لأن الشارح قسّم هذا الباب إلى خمسة فصول، ثم ذكر أن الفصل الأول والثاني ينبني على أصلين، كما صرّح بالفصل الثاني فيما بعد، فلعلّه ذهول من النساخ.

مسافر أحدث فلم يجد[1] إلا سؤر حمار أو بغل ، فإنه يتوضأ به[2] ويتيمم، لما قلنا[3] ، وبأيهما بدا جاز .

وقال زفر رحمه الله : لايجوز تقديم التيمم ، لأنه يتيمم ، ومعه ماء أمر باستعماله[4]، فلايجوز[5] .

وإنا نقول : إن كان سؤر الحمار[6] طهورا فتقديم التيمم لايضر ، والطهارة تحصل بالماء ، وإن لم يكن طهورا فوجوده لايمنع التيمم[7] .

والأفضل أن يتوضأ أولا حتى يصير عادما للماء الطاهر بيقين[8] .

---

(١) و في «كتاب الأصل» قال أبو حنيفة : "إذا توضأ الرجل بسؤر الحمار أو البغل وهو يجد غيره لم يجزه" ١/ ٢٥٣ . فإذا وجد ماءً مطلقا تعيّن المصير إليه، ولو توضأ بسؤر الحمار وتيمم ثم وجد ماءً لايصلي ما لم يتوضأ به . «الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن «الفتاوى العتابية» ١/ ٢٢١ .

(٢) لفظ " به " ساقط من نسخة (ج) و (د) والأصح إثباته .

(٣) قوله : " لما قلنا " ساقط من نسخة (ا) و (ب) و هو سهو من الناسخ .

(٤) «المبسوط» للسرخسي : ١/ ٥٠

(٥) قوله : " فلايجوز " ساقط من (ب) سهوا .

(٦) في (ا) و (ب) : " السؤر " بدل " سؤر الحمار"

(٧) أي الاحتياط في الجمع بينهما لا في الترتيب ، لأن المطهر في الواقع أحدهما ، إما السؤر أو التيمم ، فوجب الضمّ دون الترتيب . «المبسوط» ١/ ٥٠ ، «فتح القدير» ١/ ١١٧ .

(٨) قوله : " عادما للماء الطاهر " يصدق هذا إذا كان سؤر الحمار قليلا بقدر ما يتوضأ به فقط ، أما إذا كان كثيرا فلا يصير عادما للماء إلا بإراقته ، وذكر ابن عابدين و عالم بن العلاء الأنصاري عن نصير بن يحى هذا الحلّ أن من لم يجد إلاسؤر الحمار يُهرِقُه حتى يصير عادما للماء ثم يتيمم . قال الصفار : وهوقول جيّد . «ردّالمحتار» ١/ ٢٢٧ ، و«الفتاوى التاتارخانية» ١/ ٢٢١ .

وإن صلى بأحدهما لايجوز ، ويعيدها[1] لماذكرنا، فإن توضأ بسؤر الحمار ، ولبس الخف ، ثم أحدث قبل التيمم ، أو جمع بينهما و لبس الخف[2]، ثم أحدث ومعه سؤر حمار، فإنه يتوضأ به ويمسح على الخف[3].

لأن سؤر الحمار[4] إن كان طهورا فشرط جواز المسح قد وجد ، وهو اللبس على الطهارة ، وإن لم يكن طهورا[5] فالطهور هو التيمم ، ولاحَظّ للرِّجلين من التيمم .

وأما الفصل الثاني :

فإن لم يجد إلانبيذ التمر فإنه يتوضأ به عند أبي حنيفة رحمه الله ، ولايتيمم معه[6]

---

(١) وفي «فتاوى قاضي خان»: و لو اكتفى بأحدهما وصلى لاتجوز صلاته. ١/ ١٨ و انظر «الفتاوى الهندية» ١/ ٢٤.

(٢) كذا في الأصل، وفي (ا) و(ب): "ثم لبس ثم أحدث"

(٣) هذا إذا لم يجد ماء مطلقا، فإن وجد ماء مطلقا، نزع خفيه وتوضأ وغسل قدميه، لأنه ليس بطهور عند وجود الماء المطلق. فصّله الكاساني في «بدائع الصنائع» ١/ ١٠، وانظر «الفتاوى التاتارخانية» ١/ ٢٧٥.

(٤) كذا في الأصل، و كلمة "الحمار" ساقطة من بقية النسخ، وكلاهما صحيح.

(٥) قوله: "طهورا" سقط من النسخ البقية، وثبوته أوضح.

(٦) وهو قوله الأول، وإنما قال هذا على خلاف القياس، لأن مقتضى القياس أن لايجوز الوضوء بنبيذ التمر لتغير طعم الماء وصيرورته مغلوبا بطعم التمر، فكان في معنى الماء المقيّد، وبالقياس أخذ أبويوسف، إلا أن أباحنيفة ترك القياس بالنص، وهو ما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له ليلة الجن: «ما في إداوتك؟ قلت: نبيذ، قال: تمرة طيبة وماء طَهور، قال: فتوضأ منه» أخرجه احمد في مسند ابن مسعود ١/ ٤٥٥، كما أخرجه أصحاب السنن بألفاظ مختلفة في الطهارة، باب الوضوء بالنبيذ: أبو داود: رقم الحديث٨٤، وليس في روايته لفظ «وتوضأ»، ابن ماجه: رقم ٣٨٤، وزاد فيه: «فتوضأ»، الترمذي: رقم

وقال في «كتاب الصلاة»[١] : [إن][٢] التيمم معه أحبّ إلي"[٣] .

فإن توضأ بنبيذ التمر هل يمسح على الخف[٤] عند أبي حنيفة رحمه الله ؟ اختلف

---

٨٨ ، وزاد : «فتوضأ به وصلى الفجر» وقال : "وأبو زيد - الراوي - مجهول عند أهل الحديث، لايعرف له رواية غير هذا الحديث" ، وقد ضعّف الطحاوي الحديث، واختار أنه لايجوز لأحد أن يتوضأ بالنبيذ لا في سفر ولا في حضر، وكذلك ضعّفه الزيلعي، وذكر له ثلاث علل. انظر : الطحاوي : «شرح معاني الآثار» ١/ ٩٤، ٩٦، الزيلعي : «نصب الراية» ١/ ١٣٨ .

وقد سبق أن الإمام أباحنيفة رجع عن قوله الأول إلى قول أبي يوسف المفتى به في المذهب، يقول الشيخ ظفر احمد العثماني مبينا وجه رجوعه إلى قول الجمهور : "لعل وجهه التردد الواقع في أن قصة الوضوء بالنبيذ كانت بمكة قبل نزول آية المائدة، أو بالمدينة بعد نزولها، وتعدد ليلة الجن ووقوعها بالمدينة . . . وأيضا وقع التردد في صفة النبيذ الذي توضأ به رسول الله ﷺ هل كان الماء غالبا فيه أو الحلاوة أو كانا مساويين" . «إعلاء السنن» ١/ ٣١٥.

(١) يعني "كتاب الصلاة" من «كتاب الأصل» المعروف بالمبسوط للإمام محمد رحمه الله، ففي «كشف الظنون» : "وللإمام محمد الشيباني «مبسوط» ، ألفه مفردا، فأولا ألف مسائل الصلاة، وسمّاه "كتاب الصلاة" ، ومسائل البيع وسمّاه "كتاب البيوع" ، وهكذا الأيمان والإكراه، ثم جمعت فصارت مبسوطا، وهو المراد حيث ما وقع في الكتب : قال محمد في كتاب فلان" . كشف الظنون ٢/ ٥٨١ .

(٢) "إن" أثبت من النسخ الأخرى غير الأصل.

(٣) انظر : «كتاب الأصل» للإمام محمد ١/ ٧٤ ، وهذه رواية ثانية عن أبي حنيفة، ذكر البابرتي عن شيخ الإسلام قال : "فيه إشارة إلى أنه لو توضأ به ولم يتيمم جاز، ولو عكس لم يجز، والجمع بينهما مستحب" . «العناية» ١/ ١١٨ .

(٤) "على الخف" ساقط من النسخ الأخرى.

المشايخ [فيه][1] قال بعضهم : لايمسح [2]، وفرقوا بينه و بين سؤرالحمار .

[والفرق][3] أن جواز المسح عُرف نصاً ، والنصّ ورد[4] في الماء المطلق[5]، فلا يقاس عليه غيره ، إلا إذا كان في معناه ، والنبيذ ليس بماء ولا في معنى الماء ، لأن الوضوء بالماء يتكرر ، وبالنبيذ لايتكرّر عادة ، فلم يكن فيه ضرورة ، بخلاف سؤر الحمار[6] ، لأنه لو كان طهورا ، كان ماءً مطلقا[7] .

وعند محمد رحمه الله الحكم فيه[8] ماذكرنا في سؤر الحمار .

---

(١) "فيه" سقط من الأصل، وثبت في بقية النسخ ، وثبوته أولى .

(٢) يدل كلام الكاساني على جواز المسح عند أبي حنيفة، «بدائع الصنائع» ١/ ١٠ ، وذكر عالم بن العلاء عن الناطفي أنه لا يمسح في قول أبي حنيفة، الفتاوى التاتارخانية ١/ ٢٧٥ . وبما أنه قد تبيّن فيما سبق رجوع الإمام أبي حنيفة عن هذا القول ، وأن الفتوى على قول أبي يوسف بعدم جواز التوضؤ بنبيذ التمر ، فلا داعي لتخريج هذه المسائل .

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (الف) و(ج) و(د)، وفي نسخة (ب): "وجه الفرق" .

(٤) " ورد " ساقط من (ا) و هو سهو .

(٥) لأن مطلق اسم الماء ينصرف إلى الماء المطلق، و "الماء المطلق" : هو الذي تتسارع أفهام الناس إليه عند إطلاق اسم الماء كماء الأنهار، والعيون، والآبار، وماء السماء، وماء الغدران، والحياض، والبحار. «بدائع الصنائع» ١/ ١٥ ، وعرّف أبو الليث السمرقندي "الماء المطلق" : بأنه ما كان على صفة المنزّل من السماء. «خزانة الفقه» ص ٩٢ .

(٦) وفي بقية النسخ: "بخلاف السؤر" بسقوط لفظ الحمار.

(٧) يتفرّع عليه ما ذكره قاضي خان في فتاواه بأنه إذا كان معه سؤر الحمار ونبيذ التمر، يتوضأ بسؤر الحمار ويتيمم، ولايلتفت إلى نبيذ التمر، لأن سؤر الحمار كان طهورا في الأصل، وإنما صار مشكلا بشرب الحمار، أما نبيذ التمر فماكان طهورا في الأصل. «فتاوى قاضي خان» ١/ ١٨ .

(٨) " فيه" ساقط من النسخ الأخرى، وثبت في الأصل، وثبوته أولى.

وأما الفصل الثالث :

ينبني على أصل واحد : وهو أن الجمع بين الغسل والمسح على الخفّ لايجوز [1]، لأن المسح بدل الغسل [2]، والجمع بين البدل والمبدل محال [3].

فإذا غَسل إحدى الرجلين، أو غسل بعض الرِجل، لايمسح على الأخرى، كيلا

(١) وجّهَ الإمام العتّابي هذا الأصلَ بأن الرجلين في وجوب الغسل كعضو واحد، لأن الله تعالى جَمعهما في الأمر بالغسل في قوله: "وأرجلكم إلى الكعبين" فإذا وجب غسل بعضه وجب غسل كله، والمسح على الخف بدل عن الغسل، والجمع بين الأصل والبدل متعذر. «شرح الزيادات» للإمام العتابي المتوفي ٥٨٦ هـ، ورق ٢، مخطوط مصور محفوظ بالمكتبة المركزية بجامعة الإمام تحت رقم ٣١٨٠ .

ونظرا لِما قاله العتابي ذكر المرغيناني هذا الضابط بإضافة قيد فقال: "تعذّر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة" ، «الهداية» ١/ ٢٩. "وظيفة واحدة" ، وهي غسل الرجلين، وقيّد بالواحدة لأنهما في غيرها يجتمعان كغسل الوجه واليدين ومسح الرأس.

(٢) فرّق أبو البقاء بين "البدل" و "الخلَف" ، فالبدل مشروع في الأصل كالمسح على الخف، والخلَف ليس بمشروع في الأصل كالتيمم. «الكليات» ص ٢٣٣ .

(٣) هذا الأصل معروف لدى الفقهاء وإن اختلفت صياغته: «لا يجوز الجمع بين البدل والمبدل» و «لايجوز الجمع بين العوض والمعوّض» و «الأصل لايجتمع مع البدل» الإسعاف بالطلب مختصر شرح المنهج المنتخب على قواعد المذهب للشيخ أبي القاسم التواني ص ١٧١ و «البدل يقوم مقام المبدل ويسدّ مسده» «القواعد» لابن رجب الحنبلي ص ٣١٤ القاعدة الثالثة والأربعون بعدالمائة.

وقد تكرّر ذكر هذا الأصل في عِدّة مواضع من هذا الباب، ومعظم المسائل في الفصل الثالث والرابع والخامس متخرّجة عليه، ومن أجل تكرّر هذا الأصل اختصره قاضي خان في الفصل الخامس بقوله: "الجمع الممتنع" و "الجمع المتعذّر" .

يؤدّي إلى الجمع بين البدل والمبدل[1].

قال محمد رحمه الله :

رجل بإحدى رجليه جَراحة لايستطيع غسلها، فإنه يمسح علي الخرق[2] التي عليها، فإن توضأ، ومسح علَى الخرق، وغسل الرِّجل الصحيحة، ولبس الخُفّ على الصحيحة، ثم أحدث، فإنه يتوضأ، وينزع الخُفّ، ولايمسح على الخف[3].

ووجه ذلك أن قوله : " لايستطيع غسلها " محتمَل[4]، يحتمل أنه أراد [به][5] غسل الجَراحة، فيغسل ماوراء الجراحة، ويمسح على الجراحة. وفي هذا الوجه لايشكل أنه لايمسح، لأنه يغسل بعض المجروحة، فلو مسح على خف الصحيحة يؤدي إلى الجمع.

ويحتمل أنه أراد بقوله: "لايستطيع غَسلها" يعني الرِّجلَ المجروحة[6]، وفي هذا

(١) كذا ثبت في الأصل و في (ج) و (د)، لكن سقطت العبارة من قوله : "فإذا غسل" الى "بين البدل والمبدل" من نسخة (الف) و (ب)، وهو سهو من الناسخ.

(٢) "الخِرق" جمع "الخِرقة" بالكسر، القطعة من الجَراد والثوب. «القاموس المحيط» مادة: "خرق" ص ١١٣٤

(٣) خرّج ابو الليث السمرقندي هذه المسئلة، وعلّله بأن الجمع بين الغسل والمسح لايجوز في عضو واحد، والرِجلان في حق الغسل كعضو واحد. «فتاوى النوازل» ص ٣٢. وانظر: «الفتاوى الهندية» ١/ ٣٦.

(٤) لفظ "محتمل" ساقط من (ب) والصحيح إثباته.

(٥) إضافة من بقية النسخ.

(٦) كذا في الأصل، وفي بقية النسخ: "أنه أراد به الرِّجلَ المجروحة"، ففي الاحتمال الأول الضمير في قوله: "غسلها" يرجع إلى "الجَراحة"، وفي الاحتمال الثاني يرجع إلى الرِجل المجروحة.

الوجه لايمسح أيضا، لأن المسح على الجبيرة[1] كالغسل لماتحتها[2]، مادامت العلة باقية[3]، حتى لايتوقت بوقت[4]، فلومسح على خف الصحيحة[5] يؤدي إلى الجمع.

وعلى قياس ما رُوي عن أبي حنيفة رحمه الله: «أن من ترك المسح على الجبائر والمسح لايضرُّه جاز»[6]، ينبغي أن يجوز[7]، لأنه لما سقط غَسل المجروحة، صارت

---

(١) "جَبيرة" جمعها: جبائر، وهي العيدان التي تجبر بها العظام. «القاموس المحيط» مادة: الجبر.

(٢) في الأصل: "لما تحته" وهو تصحيف، لأن الضمير يرجع إلى الجبيرة.

(٣) قال الزيلعي: "إن المسح على الجبيرة ما دام العذر قائما أصل، لا بدل". «تبيين الحقائق» ١/ ٥٢.

(٤) لعدم التوقيف بالتوقيت حيث لم يرد فيه أثر ولاخبر، والمقادير لاتعرف إلا سماعا فيمسح الى وقت البُرء. «العناية» ١/ ١٥٩ «بدائع الصنائع» ١/ ١٤، ومن هنا اتضح الفرق بين "المسح على الجَبيرة" و"المسح على الخف"، وهناك فروقٌ أخرى بينهما ذكرها الكاساني وابن نجيم وهي كالآتي:
١ـ لايشترط شَدّ الجبيرة على طهارة، ويشترط لبس الخف على كمال الطهارة. ٢ـ يجمع المسح على الجبيرة مع الغَسل بخلاف مسح الخف. ٣ـ يجب تعميمها أو أكثرها بخلاف الخف. ٤ـ لا يقدّر المسح على الجبيرة بمدة بخلاف الخف. ٥ـ لاينتقض المسح على الجبيرة إذا سقطت من غير بُرء فلا تجب إعادته، بخلاف الخف إذا سقط. ٦ـ لاتنزع الجبيرة للغُسل عن الجَنابة بخلاف الخف. ٧ـ إذا كان على عَضو جبيرتان فسقطت إحداهما أعادَها بلا إعادة مسحِها، بخلاف نزع أحد الخفين فإنه يوجب غسل الرجلين. انظر: «بدائع الصنائع» ١/ ١٤، «الفروق» للكرابيسي ١/ ٣٨، «الأشباه والنظائر» ص ٤٤٢.

(٥) كذا في الأصل، ولفظ: "الصحيحة" ساقط من بقية النسخ وثبوته أولى.

(٦) نسب السرخسي هذا القول إلى غير رواية الأصول عن أبي حنيفة. «المبسوط» ١/ ٧٤. وإلى هذا أشار الزيلعي بقوله: وعند أبي حنيفة ليس بواجب حتى يجوز تركه من غير عذر في رواية. «تبيين الحقائق» للزيلعي ١/ ٥٣، لكن ما رواه الإمام محمد عن أبي حنيفة في «كتاب الأصل»

كالذاهبة أصلاً.

وقال أكثرهم : هو قول الكل[1]، لأن أباحنيفة رحمه الله يقول: الأولى أن يمسح علي الجبائر[2]، لما ورد فيه من الآثار[3]، فلا ينبغي له أن يتركه[4]، وإذا مسح صار

دالّ بوضوح على أن ترك المسح على الجبيرة لايجوز عنده الا إذا خاف الضرر. «كتاب الأصل» ١/ ٥٥.

(٧) أي المسح على الخفّ، حيث لايؤدي إلى الجمع بين البدل والمبدل.

(١) أي أبو حنيفة وصاحباه رحمهم الله، لاخلاف بين الفقهاء في سقوط المسح إذا كان المسح على الجبائر يضرّه، لأن الغسل أقوى من المسح، ولما سقط الغسل عن هذا الموضع لخوف الضرر فالمسح أولى، وأما إذا كان لايضره المسح فقد ذكر بعض مشايخ الحنفية الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه، مستحب عنده، وواجب عندهما، والصحيح أن المسح واجب عندهم جميعا وليس بفرض، كما أشار إليه قاضي خان بقوله: "هو قول الكلّ"، وعليه الفتوى، لأن غسل هذا العضو كان واجبا، ثم تعذّر فيجب بدله وهو يقدر عليه، فالطاعة بحسب الطاقة، «ردّالمحتار» ١/ ٢٧٩، «تبيين الحقائق» ١/ ٥٣، ولذا نقل ابن الهمام عن صاحب الهداية في «التجنيس»: "الاعتماد على ما ذكر في شرح الطحاوي وشرح الزيادات أنه ليس بفرض عنده". «فتح القدير» ١/ ١٥٩. لأن الفرض اسم لما ثبت وجوبه بدليل مقطوع به، ووجوب المسح على الجبائر ثبت بحديث عليّ رضي الله عنه، وإنه من الآحاد فيوجب العمل دون العلم. . وإن الصاحبين لايقولان بفرضية المسح على الجبائر لانعدام دليل الفرضية بل بوجوبه من حيث العمل. لأن مطلق الأمر يحمل على الوجوب في حق العمل، وإنما الفرضية تثبت بدليل زائد: انظر «بدائع الصنائع» ١/ ١٣،.

(٢) قوله : " على الجبائر " سقط من (ا) و(ب)، و أثبت من الأصل و (ج) و(د).

(٣) المسح على الجبيرة جائز باتفاق الفقهاء، وثبتت مشروعيته بالسنة والمعقول:

أما السنة: فمنها ما رُوي عن عليّ رضي الله عنه قال: «انكسرت إحدى زندي، فسألت رسول

الله ﷺ فأمرني أن أمسح على الجبائر» روه ابن ماجة في الطهارة وسننها، باب المسح على الجبائر، رقم ٦٥٧، والدارقطني في الطهارة باب جواز المسح على الجبائر ١/ ٢٢٦، وسنده ضعيف نصب الراية للزيلعي ١/ ١٨٦، و رواه عبد الرزاق في باب المسح على العصائب والجروح، رقم ٦٢٣، «مصنف عبد الرزاق» ١/ ١٦١، وحسّنه المتقي صاحب «كنز العمال» ٥/ ١٥١.

ومنها: عن جابر رضي الله عنه قال: «خرجنا في سفر فأصاب رجلاً منا حَجر فشَجّه في رأسه، ثم احتلم، فسأله أصحابَه فقال: هل تجدون لي رخصة في التيمم؟ فقالوا: ما نجد لك رخصة وأنتَ تَقدر على الماء، فاغتسل فمات، فلما قدمنا على النبيﷺأخبر بذلك فقال: قَتَلوه قتلهم الله، ألا سألوا إذا لم يعلموا، فإنما شفاء العَيّ السؤال، إنما كان يكفيه أن يتيمم ويَعصب على جُرحه خِرقة، ثم يمسح عليها و يغسل سائر جسده». رواه أبوداؤد بسند ضعيف في الطهارة، باب المجروح والتيمم، رقم ٣٣٦، والدارقطني في الطهارة، باب جواز التيمم لصاحب الجراح ١/ ١٨٩، وقال البيهقي: هذا الحديث أصح ماروي في هذا الباب. «نصب الراية» ١/ ١٨٧، وقال الشوكاني: قد تعاضدت طرق حديث جابر، فصلح للاحتجاج به على المطلوب، وقوي بحديث علي. «نيل الأوطار» ١/ ٢٥٨.

ومنها: عن أبي أمامة «عن النبيﷺأنه لما رماه ابن قمئة يوم أحد رأيت النبيﷺإذا توضأ حل عن عصابته، ومسح عليها بالوضوء» رواه الطبراني في "الكبير"، «مجمع الزوائد» ١/ ١٨٠.

ومنها: أثر ابن عمر رضي الله عنه، قال المنذري: صحّ عن ابن عمر المسح على العصابة موقوفا عليه، وساق بسنده أن ابن عمر رضي الله عنه توضأ وكفّه معصوبة فمسح عليها وعلى العصابة وغسَل سِوى ذلك. قال ابن الهمام بعد نقل هذا: "والموقوف في هذا كالمرفوع لأن الأبدال لاتُنصب بالرأي". «فتح القدير» ١/ ١٥٨.

وأما المعقول: فإن الضرورة والحاجة تقتضي جواز المسح على الجبائر، لأن في نزعها ضررا ومشقة، و "المشقة تجلب التيسير"، قال المرغيناني: لأن الحرج فيه فوق الحرج في نزع الخف فكان أولى بشرع المسح «الهداية»١/ ٣٠

مقيما للفرض، كالمسافرإذا أدّى الجمعة، فيصير جامعا بين المسح وبين الغسل، وذلك لايجوز[1].

هذا إذا لبس الخف[2] على الصحيحة لا غير.

فإن لبس على الصحيحة، ومسح على الجبيرة، ولبس الخف على المجروحة، ثم أحدث، فإنه يتوضأ، ويمسح عليهما لأن المسح على الجبيرة بمنزلة الغسل، ولو غسلهما، ولبس الخف عليهما يمسح[3]، كذلك ههنا[4].

---

(٤) قال السرخسي: "فإن ترك المسحَ وهو لايضرّه قال في الأصل: "لم يجزه في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى"، ولم يذكر قولَ أبي حنيفة رحمه الله تعالى". «المبسوط» ١/ ٧٤ الملحوظ على قول الإمام السرخسي: "ولم يذكر قول أبي حنيفة رحمه الله" (وقد نقل بعض الفقهاء كلام السرخسي هذا) أن الإمام محمد ذكر قبل بيان رأيه ورأي أبي يوسف، ثلاثة فروع عن أبي حنيفة في نفس الصفحة ما تنصّ بوضوح أنه لايجوز ترك المسح بدون الضرر، فقال محمد في «الأصل»: "قلتُ: أرأيت إن كانت به جراحة، وهو يخاف على نفسه أن يمسح عليها؟ قال: إذا خاف على نفسه أن يمسح عليها فلم يمسح عليها أجزاه. قلت: أرأيت إن كا نت ا لجراحة في جا نب رأ سه، وهو يقدر على أن يمسح بقية رأ سه ولا يضره؟ قال: فليمسح ما بقى من رأ سه، قلت: فإن لم يفعل، و صلى هكذا أياما من غير أن يمسح على بقية رأ سه ؟ قال: عليه أن يمسح على بقية رأ سه و يُعيد الصلوات كلها". «كتاب الأصل» ١/ ٥٥.

(١) كذا ثبت في الأصل و (ج) و(د)، وجاء في (ا) و (ب): "فيصير جمعا" ثم سقطت العبارة التالية منهما: "بين المسح وبين الغسل وذلك لايجوز" وهو تصحيف وسقوط.

(٢) "الخف" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) ذكَر العلامة الكاساني وعالم بن العلاء بعضَ مسائل هذا الفصل مع الإحالة إلى الزيادات راجع: بدائع الصنائع ١/ ١٠ والفتاوى التاتارخانية ١/ ٢٧٩ـ ٢٨٠، كما ذكرها ابن الهمام نقلا عن «شرح

بخلاف ما إذا لبس الجُرموق[1] فوق خُفٍّ ممسوح[2]، حيث لايجوز المسح على

الزيادات» لقاضي خان، وذكر بعضَ عباراته أيضاً، انظر «فتح القدير» ١/ ١٥٩.

(٤) وفي (ج) و (د): "كذا هذا".

(١) "الجُرموق": ما يلبس فوق الخف وقاية له، والجمع الجراميق، مثل عصفور وعصافير، انظر: «المغرب في ترتيب المعرب»، «المصباح المنير» مادة: "جرموق" ص ٩٧، والموق والجرموق مترادفان، قال الجوهري: "الموق": الذي يلبس فوق الخف، فارسي معرّب. «الصحاح» مادة: "موق" ص ٦٣٩.

(٢) قوله: "خف ممسوح"، هذا قيد مهمّ يجب التنبه إليه، فعليه مدار الكلام في المسئلة، فالمراد: أنه لبس الخفين ثم مسح عليهما، ثم لبس الجرموقين فوق الخفين فحينئذ لايجوز المسح علي الجرموقين، فإنه تشترط لجواز المسح علي الجرموق عند الحنفية ثلاثة شروط:

أولا: أن يكونا بحيث لو انفردا يصح مسحهما، حتى لو كان بهما خرق مانع لايجوز المسح عليهما، ثانيا: أن يلبسهما قبل أن يمسح على الخفين، (وهذا ما أشار إليه قاضي خان بقوله: "خف ممسوح" وإن لم يصرح به في فتاواه: ١/ ٥٢) فإذا لبسهما بعد أن مسح على الخفين لايجوز له أن يمسح على الجرموقين، لأنهما حينئذ لايكونان تبعا للخف، وإنما جاز المسح عليهما بسبب كونهما تبعا له، ولأن حكم المسح استقرّ على الخف.

ثالثا: أن يلبسهما على الخفين قبل أن يحدث، فلا يجوز المسح عليهما إذا لبسهما بعد ما أحدث، لأن ابتداء مدة المسح من وقت الحدث، وقد انعقد في الخف، فلا يتحول إلى الجرموق بعد ذلك، ولأن وظيفة المسح استقرت للخف لحلول الحدث به فلا يزال بمسح غيره.

والملحوظ هنا أن كثيرا من كبار الفقهاء أغفلوا عن ذكر الشرط الثاني، مثل الكاساني في «بدائع الصنائع» ١/ ١١، والمرغيناني في «الهداية»، وابن الهمام في «فتح القدير» ١/ ١٥٥، والزيلعي في «تبيين الحقائق» ١/ ٥٢، إنما ذكره السرخسي في «المبسوط» ١/ ١٠٢، وابن عابدين في «ردّالمحتار» ١/ ٢٦٨، وقال فيه: "صرّح بهذا الشرط في السراج، وشروح المجمع، ومنية المصلي وغيرها"، كما صرح به عليّ القاري في «شرح النقاية» ١/ ٧٣. فإذا تحققت هذه الشروط

الجرموق، لأن المسح على الخف ليس كالغسل لما تحته، بدليل أنه يتوقّت، فيصير المسح على الجرموق بدلا عن المسح على الخف، والبدل لابدل له .

ولو لم يستطع المسح على الجبيرة[1]، فغسل الصحيحة، ولبس الخف عليها، ثم أحدث، فإنه يتوضأ، و يمسح على الخف لأن المجروحة لّما تعذّر غسلها، والمسح على جبيرتها[2]، سقطت وظيفتها في الوضوء[3]، فيصير كأن ليس له إلا رجل واحدة، وهي الصحيحة[4].

الفصل الزابع :

ينبني على أصل واحد : وهو أن قليل الخَرق و الإنكشاف لايمنع جواز المسح، لأن خفاف الناس لاتخلو عنه عادة، فلو قلنا بأنه يمنع، أدّى إلى الحرج، و في الكثير لايؤدي إلَي الحرج[5].

الثلاثة جاز المسح على الجرموق عند الحنفية خلافا للشافعية، راجع لتفصيل الأدلة المراجع السابقة.

(١) قد يكون الجرح بالغَ الخطورة والحساسية حيث لاتتحمل أيّ مسّ أو لمس، فحينئذ يسقط المسح على الجبيرة باتفاق الفقهاء، كما سبق. وفي أحكام المسح على الجبائر تجب مراعاة قاعدة: «الثابت بالضرورة تتقدّر بقدرها».

(٢) كذا في الأصل، وفي بقية النسخ: "والمسح عليها" بسقوط لفظ : "جبيرتها"، ومقتضى السياق أن ما ثبت في الأصل أصح.

(٣) "في الوضوء" ساقط من النسخ الأخرى، وثبوته أولى.

(٤) «الفتاوى التاتارخانية» ١/ ٢٨١ .

(٥) من شروط جواز المسح على الخفين أن يكون الخف مما يمكن متابعة المشي المعتاد فيه، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء، فنرى الإمام قاضي خان يعرّف "الخف" في فتاواه بأسلوب دقيق جامع للشروط : "الخف الذي يجوز عليه المسح ما يكون صالحا لقطع المسافة، والمشي المتتابع عادة،

و" الكثير " مقدّر بثلاثة أصابع[1] من أصغر أصابع الرِّجل، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله بثلاثة من أصابع اليد[2].

ويستر الكعبين وما تحتهما ". «فتاوى قاضي خان» ١/ ٤٦. ثم يتفرّع على هذا الشرط شرط آخر، وهو أن يكون الخف صحيحا سليما من الخروق، لأن المشي المتتابع مع الخف لايتحقق إلا به، وإلى هذا أشار قاضي خان في شرحه بعد قليل بقوله: " لأن في الخفين لايمنع المشي المعتاد، وفي الواحد يمنع، فلايصلح لقطع المسافة، وأمر المسح يدور عليه ".

واتفق الفقهاء في اشتراطه أيضا، لكنهم اختلفو في مقدار الخرق اليسير المتسامح فيه: فالشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية قالوا بعدم جواز المسح على خف فيه خرق، وإن كان يسيرا، والحنفية والمالكية أجازوا المسح على خف فيه خرق يسير استحسانا ورفعا للحرج.

ثم اختلفت الحنفية والمالكية في تعيين الحدّ الفاصل بين الخرق القليل والكثير، فالخرق الكثير عند المالكية: ما لايمكن به متابعة المشي، وهو الخرق الذي يكون بمقدار ثلث القدم، وعند الحنفية: هو بمقدار ثلاث أصابع من أصغر أصابع القدم. راجع للتفصيل: «مغني المحتاج» ١/ ٦٥، «المغني» لابن قدامة ١/ ٢٩٤ ـ ٢٩٦، «الشرح الكبير» للدردير ١/ ١٤٣، «القوانين الفقهية» لابن جزّي ص ٣٨، « بدائع الصنائع » ١/ ١١، «فتح القدير» ١/ ١٥٠.

(١) قدّر بثلاثة أصابع لوجهين: أحدهما: أن هذا القدر إذا انكشف منع من قطع الأسفار، والثاني: أن ثلاثة أصابع أكثر الأصابع، وللأكثر حكم الكل، واعتبار الأصغر للاحتياط. راجع «كتاب الأصل» ١/ ٦٠ « بدائع الصنائع » ١/ ١١، «الهداية» ١/ ٢٩.

(٢) لمعتبر أصابع اليد أو أصابع الرجل، فرواية الحسن عن أبي حنيفة ثلاثة أصابع من أصابع اليد، لأن الممسوح به اليد، ورواية محمد في «الزيادات» ثلاثة أصابع من أصغر أصابع الرِجل، كما سيأتي، وهو الأصح، صححّه المرغيناني، «الهداية» ١/ ٢٩، لأن الخرق الكثير مانع من قطع السفر، وقطع السفر إنما يتحقق بالرجل فيعتبر أصابعها، لأن الأصل في القدم هو الأصابع. وليعلم أن السرخسي والكاساني والبابرتي أسند هذه الرواية إلى «الزيادات». انظر: «المبسوط» ١/ ١٠٠، « بدائع الصنائع » ١/ ١١، «العناية» ١/ ١٥١.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله :

رجل لبس خفين لاساق لهما[١]، فظهر من أعلى الخف، أو من أسفله[٢]، من موضع الغسل، كالكعب ونحوه، قدر ثلاثة أصابع من أصغر أصابع الرِّجل، لم يمسح لأن ما ظهر وجب غسله ، فالمسح يؤدي إلى الجمع بين البدل والمبدل .

وإن كان ما خرَج أقلّ من ثلاثة أصابع، يمسح ،لأن ما خرج لم يجب غَسله لقلّته، فالمسح لايؤدي إلى الجمع بين البدل والمبدل[٣] .

فإن كان الخرق في موضعين، في ظهر القَدَم و العقب ونحو ذلك، إن كان في خف واحد يجمع، وإن كان[٤] في خفين لايجمع[٥] عندنا، خلافا لزفر[٦] رحمه الله .

---

(١) قوله: "لا ساق لهما"، قيّد بهذا لأنه لايعتبر الخرق في الساق، لأن عدم الساق لايمنع المسحَ فالخرق أولى. صرّح به قاضي خان في فتاواه: ١/ ٤٩ .

(٢) قال الكاساني: وسواء كان الخرق في ظاهر الخف، أو في باطنه، أو من ناحية العقب بعد أن كان أسفل من الكعبين. «بدائع الصنائع» ١/ ١١. وكذا في «المبسوط» ١/ ١٠٠ .

(٣) قوله: "بين البدل والمبدل" ساقط من بيقة النسخ، وثبت في الأصل.

(٤) كذا في الأصل، وفي (ج) و(د): "وفي الخفين" .

(٥) قال السرخسي: "تُجمع الخروق في خف واحد، ولاتجمع في خفين، لأن أحد الخفين منفصل عن الآخر". «المبسوط» ١/ ١٠١، ولأن ما في الخفين لايُخِلّ في صلاحيتهما لقطع المسافة. «فتاوى قاضي خان» ١/ ٤٩. «فتح القدير» ١/ ١٥١ .

(٦) قد سبق أن الشافعية والحنابلة وزفر رحمهم الله لم يجيزو المسح على الخف فيه خرق، قليلا كان أو كثيرا، وهو القياس لأنه لما ظهر شيئ من القدم وان قلّ وجَبَ غَسله لحلول الحدث به لعدم الاستتار بالخف، والرجل في حق الغسل غير متجزّئة، فما انكشف، حكمه الغسل، وما استتر، حكمه المسح، والجمع بينهما لايجوز، فغلب حكم الغسل. «المغني» ١/ ٢٩٧ .

وما قاله الحنفية وجهه الاستحسان، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه رضى الله

لأن في الخفين لايمنع المشي المعتاد، وفي الخف[1] الواحد يمنع، فلايصلح لقطع المسافة، وأمر المسح يدور عليه، بخلاف النجاسة المتفرقة[2] في الثياب[3]، حيث تجمع[4]، لأن ثمّة المانع استعمال النجاسة أو حملها، و ذلك حاصل[5].

الفصل الخامس[6]:

مبنيّ علي ماذكرنا من الأصل[7] أن الجمع بين المسح والغسل في الرِّجل الواحدة،

عنهم بالمسح مع علمه بان خفا فهم لا تخلو عن قليل الخروق، فكان هذا منه بيانا أن القليل من الخروق لا يمنع المسحَ، ولأن المسح أقيم مقام الغسل تخفيفا ورخصة، فلو منع قليل الانكشاف لم يحصل المقصود لوجوده في أغلب الخفاف، والخف وإن كان جديدا فآثار الدروز واضحة فيه عموما، فيلحق الحرج في النزع، فجعل عفوا، والخرق اليسير إنما جُعل عفوا للضرورة، فلاضرورة في الكثير، فيبقى على أصل القياس. «بدائع الصنائع» ١/ ١١، «المبسوط» ١/ ١٠٠، «العناية» ١/ ١٥١.

(١) كذا في الأصل، وسقط "الخف" من بقية النسخ.

(٢) كذا في الأصل، وسقط "المتفرقة" من بقية النسخ. وهذه إضافة مهمّة.

(٣) أي: بخلاف النجاسة المتفرقة، حيث تجمع لمنع جواز الصلاة، وإن كانت متفرقة في ثيابه، أو خفيه، أو بدنه، أو مكانه، أو في المجموع، وبخلاف انكشاف العورة المتفرقة كذلك. انظر: «فتاوى قاضي خان» ١/ ٤٩، «تبيين الحقائق» ١/ ٤٩. «ردّالمحتار» ١/ ٢٧٤.

(٤) قوله: "حيث تجمع" سقط سهوا من (ا) و(ب)، وثبت في الأصل و (ج) و (د).

(٥) النجاسة تمنع الجواز لكونها حاملا لها أو مجاورا، وهو حامل للكل أو مجاور له، وكذا الانكشاف انما يمنع لكونه غيرَ ساتر لعورته، وهو يوجد في الكل، ولان البدن كله كعضو واحد في الحكم، وهذا بخلاف الخف، لانه شُرع رخصة فلا يناسب التضييق. «تبيين الحقائق» ١/ ٥٠.

(٦) ذكر المؤلف في هذا الفصل أحكام المسح على الخف للمقطوع إحدى الرجلين أو جزء منهما.

(٧) قوله: "من الأصل" ساقط من بقية النسخ.

أو في الرِّجلين لايجوز. قال [محمد رحمه الله][1] :

رجلٌ قُطعت إحدي رِجليه، وبقي منها شيئ يسير، فلبس الخف علي الصحيحة، ثم أحدث، فإنه يتوضأ، ويغسل الصحيحة، ولايمسح لأن مابقي من المجروحة يجب غَسله، فلومسح على خف[2] الصحيحة، يؤدي إلي الجمع الممتنع[3].

فإن كان لبس الخف على المقطوعة أيضاً، فإن كان الباقي أقلّ من ثلاثة أصابع، لايمسح أيضا لأن مابقي من المقطوعة يجب غسله لفوات محل المسح فيه[4]، إذ محلّه مقدّر بثلاثة أصابع، وإذا وجب غسله، وجب غسل الصحيحة أيضا، لما ذكرنا.

وإن كان الباقي من المقطوعة [5] ثلاثة أصابع أو أكثر من العقب، لا من موضع المسح، فكذالك[6].

وإن كان الباقي ثلاثة أصابع أو أكثر من موضع المسح، وهو ظهر القدم، فإن كان

(١) ما بين المعكوفتين زيدت من النسخ الأخرى.

(٢) كذا في الأصل، وكلمة: "خف" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) قوله: "الجمع الممتنع" يقصد به قاعدة: "لايجوز الجمع بين البدل والمبدل"، فهو ممنوع عند عامة الفقهاء، وقد سبق بيانه.

(٤) اشترط الحنفية لجواز المسح على الخف في حالة قطع شيئ من القدم أن يبقى من مقدّم القدم قدر ثلاث أصابع من أصغر أصابع اليد، ليتحقق أقلّ المقدار المفروض من محل المسح، وذلك ثلاثة أصابع من أصغر أصابع اليد. «فتاوى قاضي خان» ١/ ٤٧، «بدائع الصنائع» ١/ ١٢.

(٥) كذا في الأصل، وسقط قوله "من المقطوعة" في (أ) و(د) كما جاء في (ج) و(د): "وإن كان قد بقي من المقطوعة" وما أثبت أوضح وأفصح.

(٦) قال قاضي خان في فتاواه: وكذا لو بقي مما يلي العقب مقدار ثلاثة أصابع، ولم يبق من قبل الأصابع مقدار ذلك، لايجوز المسح، لأن محل المسح المقدّم دون المؤخّر. «فتاوى قاضي خان» ١/ ٤٨.

يعلم أن المسح يقع على جميع الباقي، أو على مقدار ثلاثة أصابع، أجزأه لماذكرنا[١].

ولو قُطعت إحدى رجليه من الكعب، [فتوضأ][٢]، ولبس الخف على الصحيحة، فإنه لايمسح، لأن الكعب عندنا داخل في الوضوء، فيجب غَسل موضع القطع، لأنه باطن ظهر من موضع الغسل[٣].

وكذا إذا قُطعت يده من المرفق، يجب غسل موضع القطع وإذا وجب غسل ذالك الوضع، وجب غسل الأخرى، كيلا يؤدي إلى الجمع الممتنع[٤].

ولو قُطعت من فوق الكعب، جاز المسح على الباقي،[٥] لأن المقطوعة سقطت وظيفتها لزوال المحلّ، فجعلت كالمعدومة، فالمسح على الصحيحة لايؤدي إلى الجمع المتعذّر.

---

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ١/ ٢٨٠، نقل مؤلفه هذه المسائل من «الزيادات».

(٢) ما بين المعكوفتين أثبتناه من (ج) و(د) وهو الصواب، وجاء في الأصل و(ا) و(ب): "فبرأ" مكان "فتوضأ"، وهو خطأ.

(٣) راجع: «فتاوى قاضي خان» ١/ ٤٨.

(٤) زاد في (ج) بعده: "المتعدد" وفي (د): "المتعذر"، وهو زائد.

(٥) كذا في الأصل، و(ج) و(د)، وجاء في (ا) و(ب): "جاز على الأخرى المسح" وكلاهما صحيح يؤدّي معنى واحد.

باب من الصلاة بالتيمم

مسائل الباب تدور على أصول :

١ـ منها : أن القدرة على الطهارة بالماء، تمنع التيمم وجوداً وبقاء[١]، لأن التيمم بدل[٢]، والقدرة على الأصل[٣] تمنع المصير إلى البدل[٤]، [كالقدرة على التكفير بالمال

(١) قوله: "وجودا وبقاء"، بيّنه الحصكفي في ضابط: كلّ ما يمنع وجودُه التيممَ نقَضَ وجودُه التيممَ. «الدر المختار» ١/ ٢٥٦، وذكره الكاساني بقوله: "والأصل فيه: أن كل ما منع وجودُه التيممَ نقض وجودُه التيممَ". «بدائع الصنائع» ١/ ٥٧.

(٢) التيمم بدل عن الوضوء بلاشك عند جميع الفقهاء، لكنهم اختلفوا في كيفية البدلية: فعند الحنفية التيمم بدل مطلق، يرتفع به الحدث إلى وقت وجود الماء، فيجوز قبل دخول الوقت، وعند الشافعية التيمم بدل ضروري، فلايرتفع الحدث به لكن أبيح له الصلاة مع قيام الحدث حقيقة للضرورة كالمستحاضة، فلايجوز التيمم قبل دخول الوقت عنده، لأنه بدل ضروري ولاضرورة قبل دخول الوقت، وقد حقّق الكاساني هنا بحثا لطيفا فليراجع. «بدائع الصنائع» ١/ ٥٥.

(٣) كذا في الأصل و (ا) و (ج) و (د) وزاد بعده في (ب): "الطهارة بالماء الأصل" وماأثبت أصح، ولعلّه توضيح من الناسخ.

(٤) هذه قاعدة مهمّة وثابتة باتفاق الفقهاء، ذكرها الفقهاء بصياغات مختلفة متقاربة: «إذا تعذّر الأصل يُصار إلى البدل» «القواعد» للزركشي، حرف الهمزة. «إذا بطل الأصل يُصار إلى البدل» مجلة الأحكام العدلية: مادة: ٥٣. «لايقوم البدل حتى يتعذّر المبدل منه» «القواعد» للإمام المَقرّي المالكي، مخطوط مصور عن مكتبة شستربيتي برقم ٤٧٤٨ اللوحة ٤٦، انظر «القواعد الفقهية»

تمنع لتكفير[1] بالصوم[2]] .

للدكتور علي احمد الندوي ص٢٠٢ . وذكرها قاضي خان بأسلوب آخر : «ما لم يقع اليأس عن الأصل لايصار إلى البدل» صفحة ١٠٦٥ من هذا الشرح ، وبيّنها الإمام ابن القيّم رحمه الله بقوله : " قاعدة الشريعة أن الفروع والأبدال لايصار إليها إلا عند تعذّر الأصول كالتراب في الطهارة ، والصوم في كفارة اليمين " إعلام الموقّعين ٣/ ٣٩٩ ، وقال السرخسي : " القدرة علي الأصل قبل حصول المقصود بالخلف تسقط اعتبار الخلف " «شرح السير الكبير» ١/ ٣٤٤ . أما بعد حصول المقصود فقال الكاساني فيه : " القدرة على الأصل بعد حصول المقصود بالبدل ، لاتبطل حكم البدل " . «بدائع الصنائع» ١/ ٦٠ .

وهذه القاعدة التي تتفرع عليها مسائل كثيرة فقهية في الطهارة والعبادات والمعاملات ، مستوحاةٌ من دلالات النصوص القرآنية ، منها : قوله تعالى : "وإن كنتُم مَرضَى أو على سفرٍ أو جاء أحدٌ منكم من الغائط أو لامَستُمُ النساءَ فلم تجدوا ماءً فتيَمَّموا صَعيدا طيّبا" سورة النساء : الآية : ٤٣ . وقوله تعالى : " فمن كان منكم مريضا أو على سفرٍ فعدّة من أيام أخَر وعلي الذين يُطيقونه فدية طعام مسكين" سورة البقرة : الآية : ١٨٤ . وقوله تعالى : "حافظوا على الصلوات والصلاة الوُسطى وقُوموا لله قانتين فإن خِفتُم فرجالا أو رُكبانا" سورة البقرة : الآية : ٢٣٩ .

(١) وفي (ج) و (د) : " تمنع الصوم " .

(٢) وذلك في كفارة اليمين ، وهذا بإجماع الفقهاء مستندا إلى صريح الآية القرآنية : "لا يؤاخذُكمُ اللهُ با للّغو في أيمانكم ، ولكن يُؤاخذكم بما عَقّدتُم الأيمان ، فكفارتُه إطعامُ عشرةِ مساكينَ مِن أوسَطِ ما تُطعمُون أهليكم ، أو كِسوتهم أو تحرير رقبة ، فمَن لم يجِد فصيام ثلاثة أيام ، ذلك كفارة أيما نكم إذا حَلَفتم" سورة المائدة : الآية : ٨٩ ، فإذا عجز الإنسان عن كل واحد من الخصال الثلاثة المالية لزمه التكفير بالصوم ، والمراد بالعَجز : ألا يقدر على المال الذي يصرفه في الكفارة زائدا عن حاجته الأصلية ، كمن يجد كفايتَه في يومه وكفاية من تجب عليه نفقته فقط ، ولايجد ما يفضل عنه . «الفتاوى الهندية» ١/ ٦١ ، «المغني» ٨/ ٧٥٦ . كما يشترط عند الحنفية استرار العجز إلى الفراغ من

والقدرة على الطهارة بالماء[1]، إنما تكون بوجود مايكفي للطهارة المحتاج إليها[2].

ووجود "الماء المباح"[3] كما يُثبت القُدرةَ للواحد، يُثبت للجماعة، لأن "القادر": هو الذي لوأراد تحصيل الفعل لايتعذّر عليه[4]، وكلّ واحد من الجماعة بهذه المثابة.

٢ـ وحَرف آخر[5]: أن عند اجتماع الحَدَثين أو النجاستين، يصرف الماء إلى

الصوم «الدر المختار» ٣/ ٦٢، «بدائع الصنائع» ٣/ ٩٧.

(٣) ما بين المعكوفتين أثبت من (ا) و(ج) و(د)، وفي الأصل: "كما في التكفير بأن القدرة على المال تمنع المصير إلى الصوم"، وما ثبت أوضح.

(١) الزائد عن حاجته الأصلية، وإلى هذا أشار الإمام العتّابي في تأصيله للباب فقال: "الأصل في الباب: أن القدرة على الماء الفاضل عن حاجته الأصلية تمنع الطهارة بالتيمم ابتداء وبقاء، لأن القدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل يبطل حكم البدل" «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ق ٣.

(٢) من الشروط الأساسية لجواز التيمم أن لايكون واجدا للماء قدر ما يكفي الوضوءَ للمحدث أو الغسلَ للجُنب في الصلاة التي تفوت إلى خلَف. انظر «بدائع الصنائع» ١/ ٤٦. «ردّالمحتار» ١/ ٢٥٥. وقال المرغيناني: والمراد ماءٌ يكفي للوضوء، لأنه لامعتبر بما دونه ابتداء، فكذا انتهاءً. «الهداية» ١/ ٢٦.

(٣) "المباح" هنا في معناه الغوي، دون الاصطلاحي، أي الماء الذي أباحه مالكه، فالقدرة تتحقق بالإباحة.

(٤) "القُدرة" هي القوّة على الشيئ، والتمكّن منه، وفي الاصطلاح: "هي الصفة التي تمكّن الحيّ من الفعل وتركِه بالإرادة"، و"القادر" في قول الجرجاني: "هوالذي يفعل بالقصد والاختيار". «التعريفات» ص ٢١٩ـ٢٢١.

(٥) قوله: "حرف آخر" بمعنى أصل آخر، مصطلح اتبعه الشراح المتقدمون أيضا، وقد شاع هذا

أغلظهما، لكونها[1] أهمّ، والجَنابة أغلظ من الحدَث[2]، لأنها تمنع قراءة القرآن، والحدث لا.

٣ـ وحَرف آخر : أن الجَنابة كما لاتَتَجزَّى ثبوتاً، لاتتَجزَّى زوالاً[3].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله :

المصطلح عند قاضي خان في «شرح الزيادات» والحَصيري في «التحرير شرح الجامع الكبير».

(١) كذا ثبت في (د)، وفي الأصل و(ا) و(ب): "لكونها" وفي (ج): "لكونهما"، وكلاهما خطاء وماأثبت أصح، لأن الضمير عائد إلى: "أغلظ"، أي: يُصرف الماء إلى أغلظ الحدثين وأغلظ النجاستين، ثم المراد من "النجاسة" في هذا الضابط النجاسة الحقيقية، لورودها بإزاء الحدَث، وهوالنجاسة الحكمية، يقول الحصكفي معرّفا "النَجَس": هو لغة يعمّ الحقيقي والحكمي، وعُرفا يختصّ بالأول، ونقل ابن عابدين عن البحر أن "الخبث" يخصّ النجاسةَ الحقيقية، و"الحدَث" يخصّ النجاسةالحكمية. «ردّالمحتار» ١/ ٣٠٨.

(٢) "الحدَث" في اصطلاح الفقهاء: هو النجاسة الحكمية المانعة من الصلاة وغيرها من العبادات التي تشترط لصحتها الطهارة. «التعريفات» ص ١١٢. والنجاسة الحكمية: هي أمر اعتباري يقوم بالأعضاء، ويمنع من صحة الصلاة، و"الحدث" على نوعين: أصغر وأكبر، فالحدث الأصغر: الذي تتحقق الطهارة منه بالوضوء أو التيمم، كالخارج من السبيلين، والحدث الأكبر: الذي تتحقق الطهارة منه بالغسل، مثل الجَنابة والحيض والنفاس. وإذا أطلق "الحدث" في عبارات الفقهاء فيراد به الحدث الأصغر، كما يتضح من خلال مسائل هذا الباب.

(٣) هذا الضابط لايخصّ الجنابةَ فقط، بل يعمّ الحدثَ، أصغر كان أو أكبر، صرّح به ابن عابدين، فقال: إن (النجاسة) الحكمية لاتتَجزأ على الأصح، فمن بقيت عليه لُمعة فهو محْدِث، فلا توصف بالقلة. «ردّالمحتار» ١/ ٣٠٨. و

[الفصل الأول]:(١)

مسافر جُنب اغتسل، وبقي لُمعة(٢) لم يُصبها الماء، وفني الماء(٣)، تيمّم، لأن الجَنابة باقية، لما ذكرنا(٤).

فإن تيمّم، ثم أحدث، تيمّم للحدث، لعجزه عن الطهارة بالماء.

فإن وجد بعد ذلك ماءً، فالمسألة على وجوه:

إن كان كثيرا، يكفي لهما(٥)، يصرفه إليهما، وينتقض تيممه، لما قلنا.

---

(١) هذا العنوان إضافة من الباحث، ولم تكن في النسخ المتوفرة، والغالب أنه سقط سهوا، لأن الشارح قسّم هذا الباب إلى فصلين، كما سيأتي الفصل الثاني، ومن هنا يستلزم وجود الفصل الأول.

(٢) "اللُمعة" بضمّ اللام، أصلها في اللغة: قطعة من النبت إذا أخذت في اليُبس، ثم استعملت في قطعة من البدن أي العضو، لم يصبها الماء في الوضوء أو الغسل، ففي الحديث: «إنه ﷺ رأى رجلا يصلي، وفي ظَهر قدمه لُمعَة قدر الدرهم لم يُصبها الماء، فأمره النبي ﷺ أن يعيد الوضوء والصلاة» (رواه أبوداود في الطهارة، الحديث ١٧٥) قال ابن الأثير: أراد بقعة يسيرة من جسده لم ينَلها الماء. «النهاية» ٤/ ٢٧٢، «القاموس المحيط» مادة: لمع. ص ٩٨٤، «طلبة الطلبة» ص ٧.

(٣) وفي بقية النسخ: "ماؤه".

(٤) أي: في الضابط الثالث بأن الجنابة لاتتجزأ ثبوتا ولا زوالا، وفسّر السرخسي هذا الضابط معلّلا لهذه المسألة بقوله: "إن زوال الجنابة معتبر ثبوتها حكما، فكما لايتحقق ثبوتها في بعض البدن دون البعض، فكذلك لايتحقق زوالها ما بقي شيء لم يصبه الماء". «المبسوط» ١/ ١٢٤.

(٥) أي: للُّمعة والوضوء.

وإن كان قليلا، لايكفي واحدا منهما، لم ينتقض تيممه، لأنه وجد ما[1] لايكفي للطهارة المحتاج إليها، فكان وجوده كعدمه، فإن أراد استعمال هذا الماء، يصرفه إلى اللمعة، لأن فيه تقليل أغلظ الحدثين.

وإن كان يكفي أحدَهما بعينه يَصرفه إليه، وتيممه للآخر على حاله[2].

وإن كان يكفي كلٌّ واحد منهما بانفراده، ولايكفي لهما جميعا[3]، يصرفه إلى اللمعة، لأنها أهمّ، وينتقض تيممه للحدث.

وذُكر في "نوادر الصلاة"[4] أنه لاينتقض[5]، قيل: ماذكر ثمّة قول أبي يوسف

---

(١) "وجد ما" ساقط من (ب)، وثبت في النسخ الأخرى.

(٢) ينبغي الاعتبار هنا أن الجنب إذا تيمم للجنابة، ثم أحدث، صار محدثا لا جنبا، لأن ذلك التيمم أخرجه من الجنابة إلى أن يجد ما يكفيه للاغتسال، فإذا صار محدثا ووجد ما يكفيه للوضوء فقط ولو مرّة واحدة، يتوضأبه، وتيممه للجنابة باق. انظر: «المبسوط» ١/ ١١٤ و١٢٤، «ردّالمحتار» ١/ ٢٥٥.

(٣) "جميعا" سقط من النسخ الأخرى.

(٤) كتاب: "نوادر الصلاة" من تأليف الإمام محمد الشيباني، وهوجزء من «كتاب الأصل»، وقد سبق تعليقا من «كشف الظنون» بأن الإمام محمد ألّف «المبسوط» مفردا، فأولا ألّف مسائل الصلاة، وسمّاه "كتاب الصلاة"، ومسائل البيع، وسمّاه كتاب البيع، وهكذا الأيمان والإكراه، ثم جمعت فصارت مبسوطا، وذكر ابن النديم: ولمحمد من الكتب في الأصول: كتاب الصلاة، كتاب الزكاة، كتاب المناسك، كتاب نوادر الصلاة، كتاب النكاح. الخ «الفهرست» لابن النديم ص ٢٥٣، ثم الذي يظهر لي بعد تصفّح محتويات «كتاب الأصل» المطبوع منه والمخطوط، أن رواة «كتاب الأصل» ضمّوا وخلَطوا مسائل "نوادر الصلاة" في "كتاب الصلاة"، فلا نجد عنوان

رحمه الله، وماذكر هاهنا قول محمد وزفر[1] رحمهما الله.

وجه تلك الرواية، أن الماء مستحقّ الصَّرف إلى اللّمعة، فصار كالمصروف إليها، وكالمستحق لحاجة العطش، فيكون كالمعدوم في حقّ جواز التيمم[2].

ومحمد رحمه الله يقول بأن الماء صالح للصرف إلى كل واحد منهما، ألاترى أنه لو توضأ به، صحّ، فينتقض تيممه، كرجلين وجدا ماءً يكفي لأحدهما[3].

وتخريج الماء المستحق لحاجة العطش على قول محمد و زفر، أن الصَّرف إلى

"نوادر الصلاة" من بين أبواب «كتاب الأصل» لا في القدر المطبوع منه، (وهو ناقص) ولا في النسخ الخطية التي تيسّر لي الاطلاع عليها، ويؤيّده أن قاضي خان أحال هذه المسألةَ إلى "نوادر الصلاة"، بينما أسندها السرخسي في مبسوطه والعتّابي في شرحه إلى "كتاب الصّلاة" من «الأصل» انظر «المبسوط» ١/ ١٢٤، «شرح الزيادات» للعتابي ق ٣، وكذلك في «الفتاوى التاتارخانية» ١/ ٢٥٥.

(٥) «كتاب الأصل» ١/ ١٢٨.

(١) كذا في الأصل، و سقط اسم "زفر" من (ج) و (د) والصحيح إثباته، كما صرّح به المؤلف بعد قليل عند بيان تخريج المسألة على قول محمد و زفر رحمهما الله.

(٢) لأن المستحَق كالمصروف، فكان عادما للماء معنىً. «بدائع الصنائع» ١/ ٤٧. وقال الحصكفي: المشغول بالحاجة وغير الكافي كالمعدوم. «ردّالمحتار» ١/ ٢٥٦.

(٣) ذكر السرخسي وعالم بن العلاء هذه الأوجه الخمسة محيلا إلى الزيادات، كمانقل خلاف ابي يوسف ومحمد مع بيان الوجه لهما، «المبسوط» ١/ ١٢٤، «الفتاوى التاتارخانية» ١/ ٢٥٥، ورجّح ابن عابدين رأي أبي يوسف بعد أن نقل هذه المسائل كلها. «ردّالمحتار» ١/ ٢٥٦.

التوضؤ حرام لأنه إهلاك النفس، أما [هاهنا][1] بخلافه، لأنه يجوز الصّرف إلى زوال الحدَث[2].

فإن صرَف الماءَ[3] إلى الحدث جاز، وينتقض تيممه للجَنابة باتفاق الروايات.

هذا إذا تيمم للجنابة، ثم أحدث، ثم تيمم للحدث[4]، ثم وجد ماءً.

فإن تيمم للمعة، ثم أحدث، ثم وجد ماءً قبل أن يتيمم للحدث، فهو على الوجوه التي ذكرنا:

فإن كان الماء يكفي لهما، فإنه يغسل به اللمعة، ويتوضأ للحدث.

وإن كان لايكفي واحدا منهما، تيمَّمَ للحدث، لأنه محدث، ليس معه ماء يكفي للحدث، ولاينتقض تيممه للجنابة، ويصرف الماءإلى الجنابة تقليلا للجنابة.

وإن كان يكفي للمعة، ولايكفي للوضوء، ينتقض تيممه للجنابة، فيغسل [به][5] اللمعة، ويتيمم للحدث.

وإن كان يكفي للحدث، ولايكفي للمعة، يتوضاء به، و تيممه للجنابة على حاله[6].

---

(١) كذا في بقية النسخ، وفي الأصل: "أما هي"، وما ثبت اصح.

(٢) سقطت هذه الفقرة كلها من نسخة: (ب)، وثبتت في بقية النسخ.

(٣) "الماء" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) كذا في الأصل، و"للحدث" ساقط من النسخ الأخرى.

(٥) كذا في النسخ الأخرى، وفي الأصل: "به".

(٦) و في الأصل: "حالها"، والصواب ما ثبت.

وإن كان يكفي كلّ واحد منهما بانفراده، يصرفه إلى اللمعة، لأنها أغلظ، ويتيمم للحدث، لما ذكرنا[١].

فإن كان لم يتيمم للمعة حتى أحدث، والمسألة بحالها[٢]، فإنه يتيمم تيمماً واحدا لهما، لأن التيمم خَلَف عن الماء[٣]، وثمّة أسباب انتقاض الطهارة، وإن تعدّدت يُكتفى بتطهير واحد، ~~كالمرأة إذا خرجت من حيضها فأجنبت~~، تكتفي بغسل واحد في ظاهر الرواية[٤]، كذلك هنا[٥].

قيل: و ينبغي أن ينويَ التيمم من الحدثين، حتى لو نوى [من][٦] أحدهما خاصّة، لايكون للآخر، لأن التيمم لايجوز بدون النية[٧].

---

(١) «ردّالمحتار»/ ٢٥٦، «الفتاوى التاتارخانية» ١/ ٢٥٥.

(٢) الكلام مرتبط بما بدأ به الفصل الأول، أي مسافر جنب اغتسل وبقي لمعة، وفني الماء، ولم يتيمم للمعة حتى أحدث. . الخ

(٣) "الخلَف" : هو ما لايجوز الإتيان به إلا عند عذر وجد في الأصل، والخلف لايخالف الأصل في وصفه، قال البابرتي في شرح الهداية: والحدَث والجنابة في التيمم من حيث الجواز والكيفية والآلة سواء، وكذا الحيض والنفاس. «العناية» ١/ ١٢٧.

(٤) «كتاب الأصل» ١/ ١١٥، وذكره في «الفتاوى التاتارخانية» عن الزيادات ١/ ٢٥٦.

(٥) " كذلك هنا" ساقط من النسخ الأخرى.

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل و(ج) و (د)، وأثبت من (ا) و(ب) وثبوته أولى.

(٧) هذا ما قاله الإمام أبوبكر الجصّاص الرازي المتوفي (٣٧٠هـ)، صرّح به الكاساني و البابرتي وابن عابدين، وذكر الكاساني عن الجصاص بأنه لايجب في التيمم نية التطهير وإنما يجب نية التمييز، وهو أن ينوي الحدثَ أوالجنابة لأن التيمم لهما يقع على صفة واحدة، فلا بدّ من التمييز بالنية، كما في صلاة الفرض أنه لا بد فيها من نية الفرض، لان الفرض والنفل يتأدّيان على هيئة واحدة.

فإن تيمم لهما، ثم وجد ماءً، فهو على الوجوه التي ذكرنا:

إن كان يكفي لهما، انتقض تيممه لهما، وإن كان لايكفي أحدهما، بقي تيممه لهما، وإن كان يكفي لأحدهما بعينه، انتقض تيممه في حقه دون الآخر، وإن كان يكفي كل واحد منهما بانفراده، ينتقض تيممه للجنابة، وفي انتقاض التيمم للحدث روايتان لماذكرنا[1].

والصحيح في المذهب أن ذلك ليس بشرط، نصّ عليه المرغيناني، ونقل قاضي خان في فتاواه وابن الهمام عن صاحب الهداية في «التجنيس» والكاساني بأن ابن سماعة روى عن محمد أن الجنب اذا تيمم يريد به الوضوء، أجزأه عن الجنابة، وهذا لأن التيمم يحتاج الى النية ليصير طهارةً، اذ هو ليس بتطهير حقيقة، وانما جُعل تطهيرا شرعا للحاجة، والحاجة تعرف بالنية، ونية الطهارة تكفى دلالة على الحاجة، وكذلك نية الصلاة، لأنه لا جواز للصلاة بدون الطهارة، فكانت دليلا على الحاجة، فلا حاجة الى نية التمييز أنه للحدث أو للجنابة، ولوتيمم ونوى مطلقَ الطهارة أونوى استباحةَ الصلاة فله أن يفعل كل ما لا يجوز بدون الطهارة، كصلاة الجنازة وسجده التلاوة ومسّ المصحف ونحو ها، لأنه لما أبيح له اداءالصلاة فَلأن يباح له مادونها أوما هو جزء من أجزائها أولى. انظر: «فتاوى قاضي خان» ١/ ٥٣، «بدائع الصنائع» ١/ ٥٢، «فتح القدير» و«العناية» ١/ ١٣١، «ردّالمحتار» ١/ ٢٤٨.

(١) كذا في الأصل و(ج) و(د)، وسقطت هذه الفقرة كلها من قوله: " إن كان يكفي " إلى آخرها من(ا) و(ب).

الفصل الثاني :

جُنب نسِي أن يبدأ بمواضع[1] الوضوء، واغتسل، و نسي ظَهره أيضا، ثم أهرق[2] الماء، فإنه يتيمم لما ذكرنا.

فإن وجد من الماء مايكفي لمواضع الوضوء أو الظّهر، ولايكفي [لهما][3]، يصرفه إلى أيهما شاء، والصرف إلى مواضع الوضوء أولى، لأن الباقي في الظَّهرومواضع الوضوء[4] نجاسة الجنابة، فاستويا، بخلاف ماتقدّم، إلاّ أن المستحبّ صرفه إلى أعضاء[5] الوضوء، كما يُستحبّ تقديم الوضوء في الاغتسال[6] عن الجنابة[7].

ولاينتقض تيممه بالاتّفاق، لأنه تيمم للجنابة، والماء الموجود لايكفي لإزالة

---

(١) كذا في الأصل، و(ج) و (د): وفي (ا) و(ب): " بأعضاء الوضوء " .

(٢) في جميع النسخ الموجودة : " إهراق " بصيغة المصدر ، و هو تصحيف .

(٣)كذا في بقيّة النسخ، وفي الأصل: "يكفيهما" .

(٤) قوله : " في الظهر ومواضع الوضوء " ساقط من (ا) و(ب) سهوا.

(٥) كذا في الأصل، و(ب)، وفي (ا) و (ج) و(د) "مواضع" .

(٦) اتفقت المذاهب الأربعة على استحباب تقديم الوضوء على الغسل، وهو ثابت بصفة غسل النبي ﷺ في الأحاديث الصحيحة. «فتح القدير» ١/ ٣٩، «بدائع الصنائع» ١/ ٣٤، «المغني» ١/ ٢١٧، «مغني المحتاج» للشربيني ١/ ٧٣ ، «الشرح الصغير» ١/ ١٧٠ .

(٧) كذا في الأصل، وقوله: عن الجنابة" ساقط من (ا) و(ب)، وجاء في (ج) و(د): "على الاغتسال عند الجنابة"، وماثبت أصح.

الجنابة[١].

جُنب معه ماء قدر مايتوضأ به، تيمم، ولايتوضأ به عندنا[٢]، وقال الشافعي[٣] رحمه الله: يتوضأ به ليصير عادما للماء، ثم يتيمم[٤].

وإنا نقول: هذا الماء إذا كان لايكفي لإزالة الجنابة، كان وجوده كعدمه[٥].

فإن توضأ به، وتيمم، ثم أحدث، تيمم للحدث لعجزه عن الأصل.

فإن تيمم، ثم وجد ماءً يكفي لأحدهما، ولايكفي لهما، يصرفه إلى الجنابة لأنها أهم[٦]، ويعيد التيمم للحدث في هذه الرواية.

رجل بثوبه أو بدنه دم كثير، فأحدث، ولم يجد ماءً، تيمم وصلى، لعجزه عن الماء.

---

(١) كذا في «الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن «الزيادات» ١/ ٢٥٦.

(٢) يرجع «المبسوط» ١/ ١١٣، «بدائع الصنائع» ١/ ١٨٤.

(٣) تقدم ترجمة الإمام الشافعي رحمه الله عند بيان تلامذة الإمام محمد الشيباني في الفصل الأول من القسم الدراسي.

(٤) للشافعية فيه قولان، والقول الأظهر عند الشافعية أنه لو وجد ماء لايكفيه، يجب عليه استعماله، لأنه واجد للماء فلايجوز له التيمم. «الأم» ١/ ٤٤ مغني المحتاج ١/ ١٤٥، المهذب مع المجموع ٢/ ٢٩٤. وهو رأي الحنابلة، «المغني» ١/ ٢٣٧، «المبدع» ١/ ٢١٣.

أما المالكية فاتفقوا مع الحنفية في أنه إن لم يجد ماء كافيا للطهارة فعليه التيمم. انظر «حاشية الدسوقي» ١/ ١٤٩.

(٥) فإن المأمور به الغسل المبيح للصلاة، والغسل الذي لايبيح الصلاة، وجودُه وعدمه بمنزلة واحدة كما لوكان الماء نجسا، ولأن الغسل إذا لم يُفد الجواز كان الاشتغال به سفها مع أن فيه تضييع الماء وإنه حرام. فالمراد من الماء في آية التيمم هو الماء المفيد لإباحة الصلاة عند الغسل به كما يقيّد بالماء الطاهر. راجع «بدائع الصنائع» ١/ ٥٠.

فلو وجد مايكفي للثوب أو البدن، ولايكفي لهما، يصرف الماء[1] إلى الدّم، وتيمم للحدث[2].

وعن حماد[3] رحمه الله: أنه يصرفه إلى الحدث، لأن الصلاة تجوز مع النجاسة في الجملة، ولاتجوز مع الحدث، فكان الحدث أغلظ[4].

---

(٦) قوله: " لأنها أهمّ " ساقط من (ا) و(ب)، وهذا ما قرّر المؤلف ضابطا في فاتحة الباب: أن الماء القليل يُصرف إلى أغلظ الحدثين، لأن إزالة الأغلظ أهمّ من إزالة الأخفّ.

(١) كذا في الأصل، وسقط "الماء" بقيّة النسخ.

(٢) وتجب هنا مراعاة الترتيب بأن يغسل النجاسة أولا ثم يتيمم، فلو تيمم أولا ثم غسلها، يعيد التيمم، لأنه تيمم وهو قادر على الوضوء، صرّح به ابن عابدين نقلا عن «المحيط» والكاساني. «ردّالمحتار» ١/ ٢٣٢، «بدائع الصنائع»١/ ٥٧.

(٣) هو أبو اسماعيل حمّاد ابن أبي سليمان مسلم الكوفيّ، مولى ابراهيم بن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه، أصله من أصبهان، أحد أئمة الفقهاء، من فقهاء التابعين، كان إمام العراق وفقيهها أكثر من ثلاثين سنة، يرجع إليه ويؤخذ بقوله، تفقّه بإبراهيم النخعي، وروى عن انس بن مالك، وروى عنه سفيان وشعبة و أبو حنيفة، وبه تفقّه وعايه تخرّج وانتفع، ولم يفارقه، وأخذ حمّادٌ بعد ذلك عنه، روى له مسلم وأصحاب السنن، مات سنة عشرين ومائة.

ترجمته في: سير أعلام النبلاء ٥/ ٢٣١، تهذيب التهذيب ٣/ ١٦- ١٨، تقريب التهذيب ١/ ١٩٧، التاريخ الكبير ٣/ ١٨، ميزان الاعتدال ١/ ٥٩٥، الثقات ٤/ ١٥٩، لسان الميزان ٧/ ٢٠٤، الطبقات الكبرى ٦/ ٣٢٠، شذرات الذهب ١/ ١٥٧ طبقات الفقهاء للشيرازي ص٨٣، الجوهر المضيّة برقم ٥٤٠، الطبقات السنية برقم ٧٩٦، كتائب أعلام الأخيار للكفوي برقم ٦٥.

(٤) هذا قول حماد بن أبي سليمان، شيخ أبي حنيفة، صرّح به السرخسي، وقال: هذه أول مسئلة خالف فيها أبو حنيفة رحمه الله استاذَه، ثم وجّه لقوله بأن حكم الحدث أغلظ من حكم النجاسة، بدليل أن القليل من النجاسة عَفو، ومن الحدث لا، وبدليل جواز الصلاة في الثوب النجس إذا كان لايجد ماءً يغسل به، ولاتجوز الصلاة مع الحدث بحال، فصرف الماء إلى أغلظ الحدثين أولى. «المبسوط»١/ ١٠٥،

وإنا نقول: في صرف الماء إلى النجاسة، والتيمم للحدث، تحصيل الطهارتين[1]، وفيما قال [حماد] تحصيل طهارة واحدة، فكان ماقلناه أولى[2].

هذا إذا وجد الماء قبل التيمم للحدث.

فإن تيمم للحدث[3]، ثم وجد مايكفي لأحدهما، فإنه يغسل به[4] الدم، ويعيد التيمم للحدث.

قال مشايخنا رحمهم الله: على قياس ماروي عن أبي يوسف، ينبغي أن لايلزمه إعادة التيمم للحدث، لأن هذا الماء[5] مستحقّ الصرف إلي النجاسة، فكان في حقّ الحدث وجوده كعدمه[6].

وذكر ابن عابدين في الأنجاس أن النجاسة الحكمية أقوى، لكون قليلها يمنع جوازالصلاة اتفاقا، ولا يسقط وجوب إزالتها بعذر. «ردّالمحتار» ١/ ٣٠٨.

(١) أي: حقيقية وحكمية، فهو قادر على الجمع بين الطهار تين بأن يغسل النجاسة بالماء فيطهر به الثوب، ثم يكون عادما للماء، فيكون طهارته التيمم، ومن قدَر على الجمع بين الطهار تين لا يكون له أن يأتي بأحدهما ويترك الآخر. «المبسوط» ١/ ١٠٥، «بدائع الصنائع» ١/ ٥٧.

(٢) ولذا قال ابن عابدين نقلا عن «الخانية»: فلو وجد ماءً يكفي لإزالة الحدث أو غسل النجاسة المانعة، غسلها وتيمم عند عامّة العلماء، وإن عكَسَ، وصلّى في النجس، أجزأه وأساءَ. «ردّالمحتار» ١/ ٢٣٢.

(٣) كذا في الأصل و(ا)، وسقط "للحدث" من (ب) و(ج) و(د).

(٤) "به" ساقط من بقيّة النسخ.

(٥) "هذا الماء" ساقط من (ا) و(ب) و(د).

(٦) وقد سبق تعليقا أن ابن عابدين رجّح قول أبي يوسف. «ردّالمحتار» ١/ ٢٥٦.

جماعة من المتيممين في السفر، انتهوا إلى رجل معه ماء[1] يكفي لأحدهم، فسألوه، فقال صاحب الماء: "خذوه، فليتوضأ به أيكم شاء"، انتقض تيممهم، لأنه أباح الماء لهم، فصار كما لوكان مباحاً من الأصل

فإن توضأ به أحدهم، أعاد الباقون تيممهم، لِما قلنا.

وإن قال صاحب الماء: "هذا الماء لكم جميعا"، فقبضوه، لم ينتقض تيممهم، لأن هذه هبة، فملك كل واحد منهم[2] بعضَه، إلا أن يُبيح كل واحد منهم[3] لأصحابه، فينتقض تيممهم، وكذلك إذا أباحوه لواحد[4]، ينتقض تيمم ذلك الواحد.

قيل: هذا قولهما، أما عند أبي حنيفة رحمه الله ينبغي أن يبطل تيممهم، لأن هبة المشاع[5] فيما يحتمل القسمة لاتصح عنده، فبقي مجرّد الإباحة.

والأصحّ أنه قول الكلّ لوجهين:

أحدهما: أنه مانصّ على الإباحة، فلو ثبتت الإباحة، إنما تثبت في ضمن التمليك،

---

(١) كذا في (د) وفي الأصل و (ج): "مايكفي"، وما أثبت أولى.

(٢) كذا في الأصل، و"منهم" ساقط من النسخ الأخرى، وثبوته أولى،

(٣) "منهم" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) كذا في الأصل و(ب) و(ج) و (د)، وفي (ا): "لأحدهم".

(٥) "المشاع" ما يحتوي على حصص شائعة، يشترط في الموهوب عند الحنفية أن يكون مفرزا، فلا تصح هبة المشاع إذا كان يحتمل القسمة كالبيت الكبير، وتكون الهبة فاسدة، وتصحّ الهبة إذا كان مشاعا لايحتمل القسمة للضرورة، كالبيت الصغير والسيارة. راجع للتفصيل و الأدلة: «المبسوط» ١٢/ ٦٤، «ردّالمحتار» ٥/ ٦٨٨، «بدائع الصنائع» ٦/ ١١٩.

فإذا بطل التمليك، لم تقع الإباحة.

والثاني: أن عنده هذه هبة فاسدة، فإذا اتصل بها القبض، تفيد الملك، وإن اختلفوا أنها تفيد بضمان أو بدونه[1]، هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي[2] رحمه الله[3].

وذُكر في "واقعات الناطفي"[4]: أن هبة المُشاع فيما يقسم[5] باطلة عند أبي حنيفة

---

(١) كذا في الأصل، وفي بقيّة النسخ: "أو بغير ضمان"

(٢) هو أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السَرَخْسي، شمس الأئمة، وهو المراد بهذا اللقب عند الإطلاق، أحد الفحول الأئمة الفقهاء الراسخين الذين حرّثوا الفقه الإسلامي، وبذلوا جهودا مضنية في ازدهاره و نموّه، كان إماما، متكلّما، فقيها، أصوليا، مناظرا، عدّه ابن كمال باشا من المجتهدين في المسائل، تفقّه على شمس الأئمه أبي محمد عبد العزيز الحلواني (٤٤٨هـ)، ولُقّب بلقبه، وتفقّه عليه برهان الأئمة عبد العزيز بن عمر بن مازه، ومحمود بن عبد العزيز الأوزجندي، جدّ قاضي خان، وأبو حفص عمر بن حبيب، جدّ صاحب الهداية من الأم، وغيرهم من كبار الفقهاء، وصنّف في الفقه و لأصول، فأملى من خاطره «المبسوط» السفر العظيم نحو خمسة عشر مجلدا و«شرح السير الكبير»، وهو مسجون في الجُبّ بأوزجند، بسبب كلمة نصح بها الخاقان، ومن مؤلفاته: شرح الجامع الكبير، وشرح الجامع الصغير، وشرح الزيادات، وشرح زيادات الزيادات، وأصول السرخسي، وشرح كتاب النفقات للخصّاف، وشرح أدب القاضي للخصاف، وشرح مختصر الطحاوي، وشرح كتاب الكسب لمحمد، وأشراط الساعة، والفوائد الفقهية، وكتاب الحيض. مات سنة ٤٨٣هـ، و«السَرَخْسي» نسبة إلى سرخس، بفتح السين وفتح الراء وسكون الخاء، بلد قديم من بلاد خراسان.

ترجمته في: مفتاح السعادة ٢/ ١٨٦، طبقات الفقهاء لطاش كبري زاده ص ٧٥، كشف الظنون ١/ ٤٦، تاج التراجم لقاسم بن قُطلوبُغا ٥٢، كتائب أعلام الأخيار برقم ٢٦٧، الجواهر المضية برقم ١٢١٩، الطبقات السنية برقم ١٧٨٧، الفوائد البهية ص١٥٨.

(٢) «المبسوط» ١٢/ ٦٤، ٦٥.

(٤) «واقعات الناطِفي» تصنيف أحمد بن محمد بن عمر أبو العباس الناطفي الطبري، أحد الفقهاء الكبار، وأحد أصحاب الواقعات والنوازل، تلميذ أبي عبدالله الجرجاني، وهو تلميذ أبي بكر الجصاص

رحمه الله، لاتُفيد الملك، وإن اتصل بها القبض.

المصلِّي بالتيمم إذا رأى مع رجل ماءً، إن علم أنه يعطيه، قطع الصلاة، لأنه قدر على الماء.

وإن علم أنه لايعطيه، مضى على صلاته، لعدم القدرة.

وإن أشكل عليه، يمضي أيضاً، لأن شروعه قد صحّ، فلايقطع بالشكّ.

فإذا فرغ من الصلاة[1] سأله، فإن أعطاه أوباعه بثمن المثل، وهو يقدر عليه، أعاد الصلاة، وإن أبى أن يعطيه، فصلاته [تامّة][2].

فإن سأله بعد ذلك ثانياً، فأعطاه، لايعيد ما صلّى[3]، ويتوضأ [به][4] لصلاة أخرى،

الرازي، ومن تصانيفه: الواقعات، وقدكثر ذكرها في مصادر المذهب، والأجناس، والفروق، و الهداية في الفروع، مات بالري سنة ٤٤٦هـ والناطِفي: نسبة إلى عمل الناطف وبيعه، وهو نوع من الحلوى، انظر المصباح المنير.

ترجمته في: طبقات الفقهاء لطاش كبري زاده ص٧٢، كشف الظنون ١/ ١١، تاج التراجم ٩، كتائب أعلام الأخيار برقم ٢٤٤، الجواهر المضية برقم ٢٢١، الطبقات السنية برقم ٣٤٣، الفوائد البهية ص ٣٦، مفتاح السعادة ٢/ ٢٧٩.

(٥) الضابط فيما يقبل القسمة وما لايقبلها: أن كل شيئ يضرّه التبعيض فيوجب نقصانا في ماليته، يكون مما لايحتمل القسمة، وما لايوجب ذلك فهو يحتملها. «تكملة فتح القدير»، و«العناية» ٧/ ١٢١.

(١) "من الصلاة" ساقط من بقيّة النسخ.

(٢) ما بين المعكوفتين أثبت من النسخ الأخرى، وفي الأصل: "ماضية".

(٣) "ما صلّى" ساقط من (ب) و(ج) و (د)، وثبوته أولى.

(٤) ما بين المعكوفتين إضافة من النسخ الأخرى.

لأن الإعطاء بعد المنع، لايُبيّن أنه كان قادراً وقت الصلاة.

بخلاف ما إذا أعطاه قبل المنع، بمنزلة ما لوسأله قبل الشروع في الصلاة، فأبى، فصلّى بالتيمم، ثم سأله، فأعطاه، لم يُعِد ما صلى، كذلك ههنا.

ـ والله أعلم.

باب من يُغسل من الشّهداء ومن لايُغسل

الأصل فيه أن الغُسل هو الأصل في مَوتى بني آدم، لما رُوي أن آدم عليه السلام حين قُبض نزلت الملائكة عليهم السلام، فغسلوه وكفنوه ودفنوه، وقالوا: هذه سنّة موتاكم يابني آدم(١)، فصار ذلك سنة في حقّ الكل(٢)، ثم انتسخ ذلك في حق الشهيد كرامة له(٣)، ليكون [دمه](٤) شاهداً له على خَصمه يوم القيامة.

---

(١) أخرج الحاكم في المستدرك عن أبي بن كعب، قال: قال رسول الله ﷺ: «كان آدم عليه الصلاة والسلام رجلا أشْعَر، طوالا، آدم، كأنه نخلة سحوق، فلما حضَره الموتُ نزلت الملائكة بحنوطه، وكفنه، فلما مات، غسلوه بالماء والسدر ثلاثا، وجعلوا في الثالثة كافورا، وكفنوه في وتر ثياب، وحفروا له لحدا، وصلوا عليه، وقالوا: هذه سنة ولد آدم من بعده» كما أخرجه الحاكم من طريق آخر عن أبي بن كعب مرفوعا نحوَه، وفيه: «فقالوا: يابني آدم، هذه سنتكم من بعده، فكذاكم فافعلوا»، وقال صحيح الإسناد، «المستدرك» ١/ ٣٤٤، والبيهقي في السنن ٣/ ٤٠٤، وابن سعد في الطبقات، كلهم عن يونس بن عبيد عن الحسن عن علي عن أبي بن كعب رضي الله عنه، ورواه أحمد في مسنده عن حماد عن سلمة عن الحسن به، ٥/ ١٣٦، وانظر «نصب الراية» ٢/ ٢٥٥.

(٢) غسل الميت فرض كفاية بالإجماع، «الإجماع» لابن المنذر ص ٢٤، «فتح القدير» ١/ ٤٤٨، «المغني» ٢/ ٤٥٣، «بداية المجتهد» ١/ ٢١٨.

(٣) "له" ساقط من النسخ الأخرى.

قال النبيّ عليه السلام في شهداء أحد: « زمّلوهم[1] بكلومهم ودمائهم، فإنهم يُبعثون يوم القيامة وأوداجُهم تَشْخَبُ[2] دماً، اللّون لون الدّم، والريح ريح المسك»[3] فصارت السنة في حق الشهيد[4] ترك الغسل.

---

(٤) "دمه" سقط من الأصل و(ا) و(ب)، وأثبت من (ج) و(د)، وثبوته أصح.

(١) زمّلوهم: أي لفّوهم فيها، يقال: تزمّل بثوبه، إذا التفّ فيه. «النهاية في غريب الحديث والأثر» ٢/ ٣١٣. و "الكُلُوم" جمع كم، وهو الجرح، و "كَلَمتُه" كَلماً من باب قَتَلَ أي جَرَحتُه، ومن باب ضرَب لغةٌ، ثم أطلق المصدر على الجُرح، وجُمِع على "كُلوم" و "كِلام" مثل بَحر وبُحور وبِحار. «المصباح المنير» مادة: كلم، ص٥٣٩، «طلبة الطلبة» ص ٣٥.

(٢) "تَشخب" من بابي قتَل ونفع، أي تَسيل، شَخَبَتْ أوداج القتيل دما، شَخْبا، أي جرَت وسالت. «طلبة الطلبة» ص ٣٥، «المصباح المنير» مادة: شخب ص ٣٠٦.

(٣) هذا الحديث، ذكره الكاساني أيضا بهذا اللفظ في «بدائع الصنائع» ١/ ٣٢٤، ولم أجد الحديث بهذا اللفظ بأكمله في كتب السنة، فيبدو أن الحديث مكوّن من حديثين:
الجزء الاول ما رواه الإمام أحمد عن عبد الله ثعلبة، «أن النبي ﷺ أشرَفَ عى قَتلَى أحد، فقال: إني شهيد على هؤلاء، زمّلوهم بكلومهم ودمائهم» «مسند الإمام أحمد» ٥/ ٤٣١، ورواه الشافعي في «الأم» ١/ ٢٣٧، والبيهقي في «السنن الكبرى» ٤/ ١١.
والجزء الثاني ما رواه الشيخان عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يُكلم أحدٌ في سبيل الله، والله أعلم بمن يكلم في سبيله إلا جاء يوم القيامة وجرحُه يثعب، اللون لون دم، والريح ريح مسك". والنفظ لمسلم، أخرجه في الإمارة، باب فضل الجهاد والخروج في سبيل الله، برقم ١٨٧٦، والبخاري في الجهاد، باب من يخرج في سبيل الله عز وجل برقم ٢٨٠٣. وأقرب حديث يجمع بين الجزئين هو ما أخرجه النسائي عن عبد الله بن ثعلبة، قال: قال رسول الله ﷺ: «زمّلوهم بدمائهم، فإنه ليس كلْمٌ يُكلم بها في سبيل الله، إلا يأتي يوم القيامة

وشهداء أحد رضي الله عنهم، كانو مقتولين بكمال الظلم من الكفار، حيث لم يعتاضوا عن دمائهم، ولم يُرْتَثّوا عن مضاجعهم[1]، فكلّ من كان في معناهم كان ملحقا بهم.

إذا ثبت هذا فنقول: كلّ مكلّف قُتل ظلما بأيّ شيئ، قتل مباشرة أوتسببا، ولم يجب عن دمه بدل، هو مال[2]، ولم يُرْتَثّ[3]، لايُغسل[4]، لأن الحكم في شهداء أحد

يدمي، لونه لون الدم، والريح ريح المسك»، «سنن النسائي، باب مواراة الشهيد في دمه، ص ٢٨٢.

(٤) كذا في الأصل، وفي بقيّة النسخ "الشهداء"، والشهيد: فعيل بمعنى مفعول: لأنه مشهود له بالجنة، و لأن الملائكة يشهدون موته إكراما له، أو بمعنى فاعل: لأنه حيّ عند ربّه حاضر شاهد. «اللباب بشرح الكتاب» ١/ ١٣٥، «شرح النقاية» ١/ ٣٣٣، «أنيس الفقهاء» ص ١٢٣.
وهو في الشرع: كل مسلم طاهر بالغ قتل ظلما ولم يجب بقتله مال، ولم يُرتثّ، «التعريفات» ص ٨٨، «أنيس الفقهاء» ص١٢٣، وقد اختلف الفقهاء في تعريف الشهيد، كل حسب رأيه في بعض المسائل التي تخصّ الشهيد، فأشمل تعريف عرّف به الحنفية بأن الشهيد: من قتله أهل الحرب، أو أهل البغي، أو قطّاع الطريق، أو اللصوص، في منزله ليلا أو نهارا، بأيّ آلة: مثقل أو محدد، أو وُجد في المعركة وبه أثر، كجرح وكسر وحرق وخروج دم من أذن أو عين، أو قتله مسلم ظلما عمدا بمحدد، وكان مسلما مكلفا (أي بالغا عاقلا) طاهرا (أي خاليا من حيض أو نفاس أو جنابة، ولم يرتثّ بعد انقضاء الحرب. يرجع: «ردّالمحتار» ١/ ٦٠٨، «اللباب بشرح الكتاب» ١/ ١٣٥، «الفتاوى الهندية» ١/ ١٦٧.

(١) لأن شهداء أحد ماتوا على مصارعهم ولم يرتثّوا، حتى روي أن الكاس كان يدار عليهم، فلم يشربوا خوفا من نقصان الشهادة، فإذا ارتث لم يكن في معنى شهداء أحد، راجع «بدائع الصنائع» ١/ ٣٢١.

رضي الله عنهم ثبت كذلك.

ولا فرق في هذا بين قتيل أهل الحرب، وأهل البغي، وقطّاع الطريق، لوجود القتل الموصوف من الكل[1].

---

(٢) قوله: " هو مال " ساقط من (ج).

(٣) ارتثّ: " ارتُثّ فلان "، وهو افتُعِل على ما لم يسمّ فاعله: أي حُمِل من المعركة رثيثا، أي جريحا وبه رمق، «الصحاح» ١/ ٢٨٣، «القاموس المحيط» مادة: رث ص٢١٧. وفي البدائع: " لايكون مرتثا في شهادته " وهو أن لايخلق شهادته، مأخوذ من: الثوب الرث، وهو الخلق. «بدائع الصنائع» ١/ ٣٢١.

والارتثاث في الفقه هو: أن يأكل الجريح أو يشرب أو يداوي، أو يبقى حياً حتى يمضى عليه وقت الصلاة وهو يعقل، أويُنقل من المعركة حيا، أي وهو يعقل. وقال الجرجاني في التعريفات: الارتثاث في الشرع: " أن يرتفق المجروح شيئ من مرافق الحياة، أويثبت له حكم من أحكام الأحياء، كالأكل والشرب والنوم وغيرها "، «التعريفات» ص٢١.

(٤) هذا الأصل مبني على رأي أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، فإن الفقهاء الحنفية اختلفوا في ذلك إلى ثلاثة آراء، ذكرها قاضي خان في هذا الباب، كما سيأتي، وليعلم أن الإمام أبوحنيفه ومحمد رحمهما الله يتفقان في مسائل هذا الباب، لاتفا قهما في أصل الباب، كما أشار إليه قاضي خان في ص ٥٥، وقال ابن العلاء: ذكر محمد رحمه الله في الزيادات بابا في الشهيد، وذكر فيها مسائل كثيرة، وهي مذهب أبي حنيفة ومذهب نفسه على أصل، وهو: أن من صار مقتولا في قتال ثلاث: إما مع أهل الحرب، أو مع أهل البغاة، أو مع قطاع الطريق بمعنى مضاف إلى العدو، كان شهيدا، سواء كان بالمباشرة أو بالتسبب، وكل من صار مقتولا بمعنى غير مضاف إلى العدو لايكون شهيدا. «الفتاوى التاتارخانية» ٢/ ١٤٣. وانظر «بدائع الصنائع» ١/ ٣٢٣.

(١) استدلّ الحنفية على عدم الفرق بين قتيل أهل الحرب، وأهل البغي وقطّاع الطريق بما رواه أبوداؤد

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله:

ميّت وُجد في المعركة، و به جَراحة، أو دم يخرج من العين أو الأذن أو الفم من الجَوف، أو به أثر الحَرق أو الغَرق، ولايُدرى حاله، لايُغسل. لأنه قتيل الكفار دلالة[1]، إذ الدم لايخرج من هذه المواضع من غير ضرب عادة، فإذا وُجد عقيب القتال والمحاربة كان مُضافاً إلى العدوّ.

وإن لم يكن به أثر الضرب، أوخرج الدم من أنفه أو دُبره أو ذَكَره، أوخرج من جَوفه مِرّة[2] حمراء، أو سَوداء، أو صفراء[3]، أونزل الدم من رأسه إلى الفم،

عن سعيد بن زيد عن النبي ﷺ قال: «مَن قُتِل دونَ ماله فهو شهيد، ومن قُتل دون أهله أو دون دمه أو دون دينه فهو شهيد». حديث ٤٧٧٢، باب في قتال اللصوص، وأخرجه الترمذي في الديات حديث ١٤١٢، باب من قاتل دون ماله، وقال: حسن صحيح، والنسائي في المحاربَة حديث ٤١٠١، باب من قاتل دون أهله، وابن ماجه في الحدود، حديث ٢٥٨٠، باب من قتل دون ماله فهو شهيد.

وأخرج أبوداؤد عن عبدالله بن عمرو عن النبي ﷺ قال: «من أريد ماله بغير حق فقاتل، فقُتل، فهو شهيد» حديث ٤٧٧١. قال الخطابي: وإذا سمّى رسول الله ﷺ هذا شهيدا، فقد دل ذلك على أن من دافَعَ عن ماله أو عن أهله أو عن دينه، إذا أريد على شيئ منها، فأتى القتل عليه، كان مأجورا فيه، نائلا به منازل الشهداء. ج ٥ ص ١٢٨. وراجع «بدائع الصنائع» ١/ ٣٢٣.

(١) قال العتّابي عند تأصيله للباب: كل من ينسب قتله إلى أهل الحرب، كان شهيدا، والنسبة قد تكون معاينة، وقد تكون دلالة بظهور الأثر. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ق ٣.

(٢) "المِرّة": بالكسر، خلط من أخلاط البدن، أي: مزاج من أمزجة البدن، والجمع: مِرار. «المصباح المنير»، و«القاموس المحيط» مادة: مرر.

(٣) كذا في الأصل، وفي بقيّةالنسخ: "أو صفراء أو سَوداء".

يُغسل[1]. لأن الدم يخرج من هذه المواضع في حال الحياة من غير ضرب، فلم يثبت مَوته مضافاً إلى فعل العدوّ، فلا يسقط الغُسل[2].

ولو سقَط مسلم فوَطَئته دابّة العدوّ، أو ضربته بيدها، أو نفحته[3] برِجلها، أو كدمته[4]، والمشرك راكبُها أو قائدُها أو سائقُها، وهو لايعلم به، لايغسل. لأن موته مضاف إلى العدوّ بطريق التّسبب، وهو متعدٍّ. بخلاف من سار في الطريق، فإنه لايؤاخذ بنَفحة الرِّجل أو الذنب، لأنه غير متعدّ، حتى لو أوقف[5] دابّة في الطريق، يؤاخذ[6] بذلك

(١) نقّح ابن الهمام هذه الفروع وما يلابسها أحسن تنقيح، فقال: والحاصل أنه اذا وجد ميتا في المعركة فلا يخلو إما ان وجد به أثر أولا، فإن وجد، فإن كان خروج دم من جَراحة ظاهرة فهو شهيد، أو غير ظاهرة، فان كان من موضع معتاد كالانف والدبر والذ كر، لم تثبت شهادته، فإن الانسان قد يبول دما من شدّة الخوف، وإن كان من غير معتاد كالأذن والعين، حكم بها، وإن كان الأثر من غير رض ظاهر وجب أن يكون شهيدا، وإن لم يكن به أثر أصلا، لا يكون شهيد، لأن الظاهر أنه لشدة خوفه انخلع قلبه، وأما إن ظهر من الفم فقالوا: إن عرف أنه من الرأس بان يكون صافيا غسل، وان كان خلافه، عرف أنه من الجوف، فيكون من جراحة فيه، فلا يغسل، وإن المرتقى من الجوف قد يكون عَلَقا فهو سوداء بصورة الدم، وقد يكون رقيقا من قرحة في الجوف. «فتح القدير» ١/ ٤٧٤.

(٢) لأن خروج الدم من هذه المواضع يوقع الشك، هل هو بسبب ضرب العدوّ في المعركة، أم بسبب المرض، ولايسقط الغسل بالشك. ينظر «بدائع الصنائع» ١/ ٣٢٣.

(٣) "نفحته": يقال: نفَحَت الدابة: أي ضربت بحافرها. «المصباح المنير» مادة: نفح، ص٦١٦.

(٤) "الكدم": العَضّ بأدنى الفم، يقال: كدَم الحمار: أي عَضّه بأدنى فمه، وكذلك غيره من الحيوانات. «مختار الصحاح»، «المصباح المنير» مادة: كدم.

(٥) وفي (ا): "وقف"، والمثبت أصح.

أيضا، لأنه متعد[1].

وكذلك لو نَفَر[2] المشركون دابّة مسلم بضرب أو زجر، حتى رمَت بصاحبها، فمات، أو رَمَوا مسلما في ماء أو نار، أو نَقَبوا[3] حائطا وألقوه على مسلم، أو رمَوه من سُور، أو رمَوا بالنار في عَسكَر المسلمين، فوقعت في خيامهم، فاحترق بعضهم، أو جعلوا النار في خَشب أطرافها عندهم، فبلغت النار أطرافها [الآخَر][4]، فاحترق بعضهم، أو رمَوا بنار فهبّت بها الريح، فاحترق بها بعضهم، أو رموا بالنار في البحر إلى سُفُن[5] المسلمين، فذهب بها المَوج إلى سفينة، فاحترق بعضهم، أو أرسلوا ماءً في عَسكرِ المسلمين فغرقوا، لم يُغسلوا في هذه الوجوه[6].

لأن هذه الأفعال من جُملة الحِراب عادة، فالقتيل بها يكون قتيلِ الكفار قصداً.

بخلاف من وضع ناراً في الطريق، فهبّت بها الريح، وأحرقت شيئاً، حيث لايضمن، لأن ذلك غير مقصود. فانقطعت النسبة إلى فعله.

---

(٦) وفي (ب): "كان يؤاخذ".

(١) كذا في الأصل و (ا)، وسقط قوله: أيضا لأنه متعد" من (ب) و(ج) و(د).

(٢) "نفر": "نفرت الدابة"، أي جَزِعت، وتباعدت، و"نفر الظبي": شَرَد، و"نفروا إلى الشيئ": أسرعوا إليه، ويقال للقوم النافرين لحرب أو غيرها: "نفير". «المصباح المنير»، و«القاموس المحيط» مادة: النفر.

(٣) "نقبوا": يقال: نقبتُ الحائطَ، أي خرقتُه. «المصباح المنير» مادة: نقب.

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، والأصح إثباته كما ثبت في بقية النسخ.

(٥) كذا في الأصل، وفي بقيّة النسخ: "سفُن"، وكلاهما جمع سفينة.

(٦) كما في «الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن الزيادات. ٢/ ١٤٤ و «الفتاوى الهندية» ١/ ١٦٨.

وإذاقُتل المسلم وهو منهزِم، لايغسل، لأن القتال لايخلو عنه، وفي شهداء أحد رضي الله عنهم مَن كان منهزما.

وإذا لم يغسل، يدفن في ثيابه، ويُنزع عنه ما ليس من جنس الكفن كالقلنسوَة، والخفّ، والفَرو، والسلاح، لأن مايترك يكون كفنا، وهذه الأشياء لاتَصلح كفنا(١).

ويزيدون في الكفن ماشاؤا، وينقصون ماشاؤا، لأن العدد المسنون(٢) في الكفن يُراعى في كفن الشهيد(٣)، وذا قديتعلّق بالزيادة والنقصان(٤).

---

(١) وهذا مذهب الحنفية، ويستدلون بما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: تنزع عنه العمامة والخفين والقلنسوة، وهذا لأن ما يترك، يترك ليكون كفنا، والكفن ما يُلبس للستر، وهذه الأشياء تلبس إما للتجمّل والزينة، أولدفع البرد، أولدفع معرة السلاح، ولا حاجة للميت الى شيئ من ذلك، فلايكون كفنا، وبه تبين أن المراد من قوله صلى عليه وسلم: «زملوهم بثيا بهم» الثياب التي يكفن بها، وتلبس للستر، ولأن هذا عادة أهل الجاهلية، فإنهم كانوا يدفنون أبطالهم بما عليهم من الأسلحة، وقد نُهينا عن التشبه بهم. «بدائع الصنائع» ١/ ٣٢٤.

(٢) الكفن عند الحنفية ثلاثة أنواع: كفن الضرورة، وكفن الكفاية، وكفن السنة، وهو أكمل الأكفان، فأقلّ ما يكفن فيه الرجل عادة ثوبان، والسنة فيه ثلاثة أثواب: إزار، وقميص، ولفافة، وأقلّ ما تكفن فيه المرأة ثلاثة أثواب، والسنة فيه خمسة أثواب: إزار، وقميص، وخمار، وخرقة يربط بها عرضها من الثدي إلى السرة، ولفافة. ينظر: «الفتاوى التاتارخانية» ٢/ ١٤٥، «فتح القدير»١/ ٤٥٢، «اللباب» ١/ ١٣٠.

(٣) كذا في الأصل و(ب) و(ج) و(د)، وفي (ا): " مراعىً في كفن الشهداء "، وما أثبت أولى.

(٤) فيزيدون إذا كان ما عليه من غير جنس الكفن، أو ناقصا عن العدد المسنون، وينقصون إذا كان زائدا عليه. «فتح القدير» ١/ ٤٧٧.

ولو انفلتت دابّة مشرك، فوطِئت مسلما، فقتلته، أو نفرت دابّة المسلم عن رايَات المشركين(١)، فرمَت بصاحبها، فقتلته، أو صعَد المسلم سور المشركين، فسقط منه، أو نقَب المسلم(٢) حائطا، فوقع عليه بنقبه، أو ألجأ المشركون المسلمين إلى خَندق فيه ماء أو نار ـ والعياذ بالله ـ(٣) فلم يجدوا بُدّا من الوقوع فيه، فغرقوا أو احترقوا، (٤)أو جعل المشركون الحَسَك(٥) حولهم(٦)، أوحفروا خندقا، وجعلوا فيه ماءً أو نارا، فوقع المسلم في شيئٍ من

---

(١) من غير تنفير المشركين، زاد هذا القيد في «الفتاوى التاتارخانية» عند تخريج المسئلة من الزيادات، وهذه إضافة مهمّة، لأنه إذا كان ذلك بتنفير المشركين يكون القتل مضافا إلى العدو تسببا على قول أبي حنيفة ومحمد. «الفتاوى التاتارخانية» ١/ ١٤٤. وكذلك في «الفتاوى الهندية» ١/ ١٦٨.

(١) كلمة " المسلم " ساقط من (ا).

(٣) قوله: " والعياذ بالله" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) هذه الجزئية، وإن وردت في «الفتاوى التاتارخانية» بتمامها ٢/ ١٤٤، لكن الحكم بالغسل على أصل الطرفين في هذه الجزئية لايخلو من نظر، لأنه قال: " ألجأ المشركون المسلمينَ إلى خندق فيه ماء أو نار، فلم يجدو بُدّا من الوقوع فيه "، فما دام الإلجاء تحقق من العدوّ إلى أقصى حدّ حتى لم يجدوا أمامهم سبيلا آخر إلا الوقوع، فالظاهر أن القتل مضاف إلى العدو بالتسبب، وقد ذكر ابن الهمام مسئلة: لو طَعَنوهم حتى ألقوهم في ماء أو نار. . . فإنهم يكونون شهداء اتفاقا. «فتح القدير» ١/ ٤٧٤، فالإلجاء يتحقق بعدّة طرق ووسائل، والطعن أحد منها، فيبدو لي ـ والله أعلم أن لايغسل الشهيد في هذه الصورة، نظرا إلى ما تبنّى به أبو حنيفة ومحمد أصلا في الباب.

(٥) " الحَسَك "، محركة: نبات تَعلَقُ ثمرتُه بصوف الغنم، ورَقُه ورق الرِجلة وأدقّ، وعند ورقه شَوكٌ ملَزّز صُلبٌ، ذو ثلاث شُعَب، ويعمل على مثال شَوكه أداةٌ للحرب من حديد أوقَصَب، فيُلقى حول العسكر. «القاموس المحيط» مادة: الحسك. ص١٢٠٩.

ذلك[1]، فمات، يُغسل. لأن موته لم يثبت مضافا إلى العدوّ، لامباشرةً ولاتسبباً.

وقال أبويوسف رحمه الله: لايغسل، إذا صار مقتولا في هذه[2] القتال، سواء كان مضافا إلى العدوّ أو لم يكن[3].

وقال الحسن بن زيَاد رحمه الله: إذا حصل القتل مباشرةً لايغسل، وفيما سِوى ذلك يغسل[4].

أبويوسف رحمه الله يقول: فإن[5] في شهداء أحد رضي الله عنهم من رمَت به

---

(٦) قيل في الحسَك: ينبغي أن لايغسل، لأن جعله تسبيب للقتل، فأجابه ابن الهمام بأن ما قُصد به القتل يكون تسببيا، وما لا، فلا، وهم قصدوا به الدفعَ، لا القتل. «فتح القدير» ١/ ٤٧٤.

(١) زاد هنا في «الفتاوى التاتارخانية»: "فجاء المسلمون ليلا، ولا يعلمون بذلك، فوقعوا فيه، غسلوا"، ٢/ ١٤٤، وهذا أنسب، كي يتّضح الأمر بدون لَبس مع مسألة الإلجاء، وأن قتلهم كان مضافا إلى فعلهم، حتى وضعوا أقدامهم على ذلك الموضع باختيارهم.

(٢) "هذه" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) في الأصل: " أو لا " وما أثبت أصحّ.

(٤) تبيّن بهذا أن للفقهاء الحنفية في هذا الباب ثلاثة آراء، وقد أجاد الكاساني في تلخيص هذه الآراء مع بيان أصولها فقال: "وأصّلَ محمد في الزيادات في هذه المسائل أصلا،، فقال: إذا صار مقتولا بفعل ينسب إلى العدو، كان شهيدا، وإلا فلا، والأصل عند أبي يوسف أنه إذا صار مقتولا بعمل الحراب والقتال، كان شهيدا، وإلا فلا، سواء كان منسوبا إلى العدو أو لا، والأصل عند الحسن بن زياد أنه إذا صار مقتولا بمباشرة العدو كان شهيدا، وإذا صار مقتولا بالتسبب لم يكن شهيدا، وجنس هذه المسائل في الزيادات". «بدائع الصنائع» ١/ ٣٢٤

(٥) "فإن" ساقط من النسخ الأخرى.

دابّته، وقد سقط الغسل عن الكلّ.

ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، أن "الشهيد" اسم لقتيل العدوّ، فلابدّ من إضافة القتل إليهم لتحقق الشهادة[١].

ولو رمى المسلم إلى كافر، فأصاب مسلما، فقتله، أو وطئته دابّة مسلم، والمسلم قائدها أو راكبها أو سائقها، غُسّل. لأن موته مُضاف إلى المسلم، وفيه الدية.

وكذا لو حُمل من المعركة جَريحا، ولم يمُت فيها، فمات على أيدي الرجال، أو مات في منزله، غُسّل. لأن حاله خالف حال شهداء أحد، لأنهم ماتوا في مَضاجعهم، ولم يرتثّوا، ولأن حَمل الجَريح قديكون سببا لآلام لايحتمله، فوقع الشّك في سبب موته[٢].

---

(١) «الفتاوى التاتارخانية» ٢/ ١٤٣.

(٢) والأصل فيه: ماروي أن عمر رضي الله عنه لما طعن حمل الى بيته، فعاش يومين ثم مات فغسل، وكان شهيدا. «الموطأ» ٢/ ٤٦٣، «المستدرك» للحاكم ٣/ ٩٢، «السنن» للبيهقي ٨/ ٤٨، وكذا عليّ رضي الله عنه حمل حيّا بعد ما طعن، ثم مات فغسل، وكان شهيدا، وعثمان رضي الله عنه أجهز عليه في مصرعه ولم يرتث فلم يغسل، (كما أخرجه أبو نعيم والبغوي في معجمه «إعلاء السنن» ٨/ ٣١٥)، ولأن شهداء أحد ما توا على مصارعهم ولم يرتثّوا حتى روي أن الكأس كان يدار عليهم، فلم يشربوا خوفا من نقصان الشهادة، فإذا ارتث لم يكن في معنى شهداء أحد، وهذا لأنه لما ارتث، ونقل من مكانه، يزيده النقل ضعفا، ويوجب حدوث آلام لم تحدث لولا النقل، والموت يحصل عقيب ترادف الآلام، فيصير النقل مشاركا للجراحة في إثارة الموت، ولو تمّ الموت بالنقل لسقط الغسل، ولو تم بإيلام سوى الجرح لا يسقط، فلا يسقط بالشك. «بدائع الصنائع» ١/ ٣٢١.

وهذا إذا حُمل لتمرّض أو تداو، أما إذا جَرّ برجله كي لاتطأه الدّواب، لايُغسّل، لأنه مااستراح براحة الأحياء، بخلاف الفصل الأول.

ولوأكل أو شرب بعد الجُرح، يغسّل[1] لأنه ارتفق برفق الأحياء، فخفّ الظلم في حقه[2].

وكذا لو عاش يوما أو ليلة في المعركة، غسّل، لأن طول الحياة بعد الجرح يُبطل الشهادة، والقليل لايبطل[3]، إذ الشهيد لاينفكّ عنه، فقُدّر الطويل بأدنى مدة يمكن ضَبطها، وذلك يوم أوليلة، لأن مادون ذلك ساعات لايمكن ضبطها[4].

وعن أبي يوسف رحمه الله: إذا مضى عليه وقت صلاة وهو غير مُغمى عليه،

---

(١) هذه المسائل وما قبلها تتفرّع على مسألة الارتثاث، و "المرتّث" من خرج عن صفة القتلى وصار الى حال الدنيا بان جرى عليه شيء من أحكامها، أو وصل اليه شيء من منافعها، بناء على ذلك مَن حُمل من المعركة حيا، ثم مات في بيته، أو على أيدي الرجال، فهو مرتث، وكذلك اذا أكل، أو شرب، أو باع، أوابتاع، أوتكلّم بكلام طويل، أو قام من مكانه ذلك، أو تحوّل من مكانه الى مكان أخر، وبقي على مكانه ذلك حيا يوما كاملا أوليلة كاملة وهو يعقل، فهو مرتث، وهذا كله إذا كان بعد انقضاء الحرب، أما قبل انقضائها فلايكون مرتثا بشيء مما ذكر. ينظر: «فتح القدير» ١/ ٤٧٧، «بدائع الصنائع» ١/ ٣٢١.

(٢) "في حقه" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) وفي بقيّة النسخ: "والقليل لا".

(٤) اختار قاضي خان في فتاواه قول محمد، وقال: وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله. «فتاوى قاضي خان» ١/ ١٨٨.

يُغسل، لأنا حكمنا بوجوب تلك الصلاة عليه، وذلك حكم الأحياء[1].

ولو تكلّم في مَصرعه ثم مات لايغْسّل لأنه في معني شهداء أحد رضي الله عنهم، فإن فيهم من تكلم.

رُوي أن سعد بن الربيع رضي الله عنه[2] أصيب يوم أحد، فجاءه رسولُ رسولِ الله صلّى الله عليه وسلّم، فقال سعد: «اقرأ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم مني السلامَ، واقرأ الأنصارَ مني السلامَ، وقُل لهم: لا عُذر لكم، إن قُتل رسول الله صلى الله عليه وسلم، وفيكم عين تَطْرف، أخبِر رسول الله صلى الله عليه وسلم إنّ بي كذا وكذا طَعنة، كلها أصابت مَقتلي»[3]. قال ذلك، ثم مات، ولم تبطل شهادته.

---

(١) اختار القدوري والمرغيناني قول أبي يوسف، «فتح القدير» ١/ ٤٧٨، وهو المختار في «الفتاوى الهندية» أخذا عن الهداية. ١/ ١٦٨.

(٢) هو سعد بن الربيع بن عمرو بن أبي زهير بن مالك بن امرىء القيس بن مالك الأغرّ بن ثعلبة بن كعب بن الخزرج الأنصاري الخزرجيّ، الحارثي، البدري، أحد نقباء الأنصار، الذي آخى النبي ﷺ بينه وبين عبد الرحمن بن عوف، استشهد بأحد.

انظر ترجمته في: «الإصابة» رقم ٣١٦٠، «أسد الغابة» رقم ١٩٩٣، «الجرح والتعديل» ٤، «سير أعلام النبلاء» ١/ ٣١٨، «تجريد أسماء الصحابة» ١/ ٢١٨، «الثقات» ٣/ ١٤٧.

(٣) أخرجه الإمام مالك عن يحي بن سعيد في «الموطأ» ٢/ ٢١، في الجهاد، باب الترغيب في الجهاد، وعن طريق ابن مالك أخرجه ابن سعد ٣/ ٢/ ٧٧، ونقله ابن عبد البر عن مالك بن أنس في «الاستيعاب» ٤/ ١٤٥، ١٤٦، وقال ابن عبد البر: هكذا ذكر مالك هذا الخبر، ولم يسمّ الرجل الذي ذهب ليأتي بخبر سعد ابن الربيع، وهو أبي ابن كعب. وقد ذكر هذا الخبر ابن هشام ٢/ ٩٤، ٩٥، وانظر «أسد الغابة» ٢/ ٣٤٨. «الإصابة» ٣/ ٤٩.

وذكرَ ابن سماعة[1] رحمه الله أن إكثار الكلام من الجريح يُبطل الشهادة[2]، بمنزلة الأكل ونحوه.

ولو أوصى بشيئ من أعمال الدين لاتبطل شهادته لحديث سعد رضي الله عنه.

وكذا إذا أوصى بشيئ من أعمال الدنيا عند محمد رحمه الله، لحديث سعد رضي الله عنه[3].

وعند أبي يوسف رحمه الله تبطل، لأنه من أمور الأحياء، بمنزلة البيع ونحوه.

ومن المشايخ من قال: هذا الخلاف فيما إذا أوصى بشيئ من أمور الآخرة، أما إذا

---

(١) هو: محمد بن سَماعة بن عبيد الله بن هلال بن وكيع، أبو عبد الله التميمي، أحد الثقات الأثبات، حدّث عن الليث بن سعد، وأبي يوسف، ومحمد بن الحسن، وكتَب النودر عنهما، وروى الكتب والأمالي، قال الصيمري وعلي القاري: هومن الحفاظ الثقات، ووَلِيَ القضاء للمأمون ببغداد بعد موت يوسف بن الإمام أبي يوسف، وتفقّه عليه أبو جعفر أحمد بن أبي عمران شيخ الطحاوي وغيره، وله من الكتب: كتاب «أدب القاضي» وكتاب «المحاضر والسجلات» و«النوادر» وغيرها، عاش مائة وثلاث سنين، ولد سنة ١٣٠هـ ومات سنة ٢٣٣هـ.
ترجمته في: تاريخ بغداد ٥/ ٣٤١، الوافي بالوفيات ٣/ ١٣٩، تهذيب التهذيب ٩/ ٢٠٤، طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٣٨، الجوهر المضيّة برقم ١٣٢٢، الطبقات السنية برقم ٢٠١٩ كتائب أعلام الأخيار برقم ٩٧، مفتاح السعادة ٢/ ٢٦١، طبقات الفقهاء لطاش كبري زاده ص٢٧، كشف الظنون١/ ٤٦، تاج التراجم ص٥٢، الفوائد البهية ص١٧٠.

(٢) وفي بقيّة النسخ: "شهادته"..

(٣) هذا يتعارض مع ما ذكره قاضي خان بعد سطرين بأن الوصية بأمور الدنيا تبطل الشهادة بالاتفاق، فليتنبه.

أوصى بشيئ من أمور الدنيا، تبطل شهادته عند الكل[1].

ومن قُتل في المصر بسلاح ظلما، لايغسل، لأن الواجب فيه القصاص، وأنه ليس بمال، فلم[2] يخالف المنصوص عليه[3].

ولو قُتل بغَير حديد كالمثقل ونحوه، عندهما بمنزلة الحديد، فلايغسل، وعند أبي حنيفة الواجب فيه الدية، فيغسل.

ولو وُجد في المصر قَتيل لايُعرف قاتله، غسّل، لأن الواجب فيه القَسَامة والدية.

وكذا إذا التقى الفئتان ولم يكن بينهم قتال، حتى وُجد قتيل في معسكر المسلمين، غسّل، لأن موته لم يثبت مضافا إلى فعل العدوّ، لا عَيانا ولادلالة، فكان بمنزلة قَتيل المحلّة.

(١) كذا في الأصل و (ج) و (د)، وفي (ا): "بالاتفاق".

وهذا هو المفتى به، كذا في «الفتاوى الهندية» ١/ ٢٦٨، وذكر الكاساني أن الوصية بأمور الدنيا يوجب الارتثات بالإجماع، لأن الوصية بأمور الدنيا من أحكام الدنيا ومصالحها، فينقض ذلك معنى الشهادة. «بدائع الصنائع» ١/ ٣٢٢. وانظر «فتح القدير» ١/ ٤٧٨.

(٢) وفي بقيّة النسخ: "فلا يخالف".

(٣) راجع لتنصيل الأدلة: «بدائع الصنائع» ١/ ٣٢١ و «فتح القدير» ١/ ٤٧٨.

باب صلاة المسافر في[1] الإقامة والوطن وغيره

١ ـ بنى الباب [على][2] أن أقلّ مدة السفر ثلاثة أيّام ولياليها، وأقلّ مدة الإقامة خمسة عشرَ يوماً.

٢ ـ والأوطان ثلاثة:

"وطن أصلي": وهو[3] مولِد الرجل، أو البلد الذي تأهّل[4] فيه[5].

و"وطن الأقامة"، ويسمّى "وطن المستعار"[6]: وهو البلد الذي ينوي المسافر الإقامة به خمسة عشر يوماً.

---

(١) كذا في الأصل، و في بقيّة النسخ: صلاة المسافر والإقامة.

(٢) "على" ساقط من الأصل، وزيد من النسخ الأخرى.

(٣) زاد هنا في الأصل "الذي"، والصواب سقوطه.

(٤) قوله: "تأهّل"، أي تزوّج، وذكر ابن عابدين عن شرح المنية: لو تزوج المسافر ببلد، ولم ينو الإقامة به، فقيل لا: لايصير مقيما، وقيل: يصير مقيما، وهو الأوجه، ولو كان له أهل ببلدتين، فأيتّهما دخلها، صار مقيما. «ردّالمحتار» ١/ ٥٣٢.

(٥) وزاد الحصكفي أمرا ثالثا، فقال في تعريفه: "هو موطن ولادته، أوتأهّله، أو توطّنه"، فهذا التعريف أشمل، فإذا توطّن أي عَزَم على القرار فيه وعدم الارتحال، وإن لم يتأهّل، صار هذا وطنا أصليا، فلو كان له أبوان ببلد غير مولده وهو بالغ، ولم يتأهل به، فليس ذلك وطنا له إلا إذا عزم على القرار فيه، وترك الوطن الذي كان له قبله. «ردّالمحتار» ١/ ٥٣٢.

(٦) ويسمّى "وطن سفر" أيضا. «العناية» للبابرتي، ١/ ٤٠٣.

و"وطن السكنى": وهو البلد الذي ينوي المسافر الإقامة به أقلّ من خمسة عشر يوما[1].

٣ـ ثمّ الوطن الأصلي ينتقض بالوطن الأصلي[2]، فإن رسول الله صلّى الله عليه وسلم لمّا هاجر إلى المدينة، وتوطّن بها، انتقض وطنه بمكة، حتى كان يُصلّي بمكة صلاة السفر[3]، وكان يقول لأهلها: «أتِمّوا صلاتَكم ياأهلَ مكة، فإنا قومٌ سَفْر[4]»[5] ولو

(١) ذكر البابرتي أن عامة المشايخ قسّموا الأوطان على ثلاثة، لكن المحققين منهم قسّموا إلى "الوطن الأصلي"، و"وطن الإقامة" فقط، ولم يعتبروا "وطن السكنى"، ثم قال: "وهو الصحيح، لأنه لم تثبت فيه الإقامة، بل حكم السفر فيه باق". «العناية» ١/ ٤٠٣، ولذا لم يذكره التمرتاشي في «تنوير الأبصار» متن «الدر المختار»، يقول الحصكفي: ولم يذكر "وطن السكنى"، وهو ما نوى فيه أقل من نصف شهر، لعدم فائدته. «ردّالمحتار» ١/ ٥٣٣.

(٢) ذلك مقيّد بأمرين ذكرهما المرغيناني في «الهداية»، الأول: أن ينتقل من الوطن الأصلي، والثاني: أن يستوطن غيره، فإذا لم ينتقل عنه، بل استوطن آخر، بأن اتخذ له أهلا في الآخر، فإنه يتمّ في الأول، كما يتمّ في الثاني. انظر: «الهداية» مع «فتح القدير» ١/ ٤٠٣.

(٣) وفي (ب): "صلاة المسافر".

(٤) قوله: "سَفْر"، بسكون الفاء، أي مسافر، "السفر": جمع سافر، كصاحب وصَحْب، والسفر والمسافرون بمعنى. «النهاية في غريب الحديث والأثر» لابن الأثير، ٢/ ٣٧١، وقال النسفي: وهو اسم على وزن المصدر، فيصلح للواحد والإثنين والجمع والذكر والأنثى. «طلبة الطلَبة» ص ٣٠.

(٥) وتمام الحديث: عن على بن زيد عن أبي نضرة عن عمران بن حصين، قال: ما سافرت مع رسول الله ﷺ سفرا قطّ إلا صلى ركعتين، حتى يرجع، وشهدت معه حنين والطائف، فكان يصلي ركعتين، ثم حجَجَتُ معه واعتمرت، فصلى ركعتين، ثم قال: «يا أهل مكة! أتمّوا الصلاةَ فإنا قومٌ سفر». أخرجه البيهقي في سننه، واللفظ له، ٣/ ١٣٥، ١٥٣، ورواه أحمد، وفيه: «يا أهل مكة

بقي وطنه بمكة، لصار مقيما بدخوله فيها.

ولأن الأصلي مثل الأصلي، ونقض المثل بالمثل جائز[1].

ولاينتقض بوطن الإقامة والسكنى والسفر، لأن ذلك دونه، والأدنى لايصلح ناقضاً للأعلى.

٤ ـ و"وطن الإقامة" ينتقض بالأصلي، لأنه فوقه، وبوطن الإقامة، لأنه مثله، وبالسفر[2] لأنه ضدّه. ولاينتقض بوطن السكنى، لأنه دونه.

٥ ـ و"وطن السكنى" ينتقض بالكلّ.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله:

خراسانيّ قدِم بغداد، ونوى الإقامة بها خمسة عشر يوما، ومكّيّ قدم كوفة، ونوى الإقامة بها خمسة عشر يوما، ثم خرج كل واحد منهما، يريد "قصرَ ابن هُبَيرَة"[3]، ليلتقي

قوموا، فصلوا ركعتين أخريين فإنا سفر». مسند احمد ٤/ ٤٣٠، ٤٣١، ٤٣٢، ٤٤٠، وأخرجه أبوداود في "باب متى يتمّ المسافر" برقم ١٢٢٩، والترمذي في "باب التقصير في السفر"، وفيهما: «يا أهل مكة! صلوا أربعا، فإنا قوم سفر»، قال الترمذي: حديث حسن صحيح، وأخرجه أبوداود الطيالسي في مسنده، برقم ٧٤٠ ص ١١٣، وابن أبي شيبة في مصنفه، ٢/ ٤٥٣.

(١) لأن الشيئ إنما يبطل بما فوقه، أو ما يساويه، وليس فوقه شيئ، فيبطل بما يساويه. راجع «العناية» للبابرتي، ١/ ٤٠٣.

(٢) انظر «ردّ المحتار» ١/ ٥٣٣.

(٣) «قصر ابن هُبَيرَة: ينسب إلى يزيد بن عمر بن هبيرة، كان لما ولي العراق من قِبل مروان بن محمد بن مروان، بنَى على فُرات الكوفة مدينة، فنزلها ولم يستمّها حتى كتب إليه مروان يأمره

بها صاحبه، فإنهما يتمّان الصلاةَ إلى القصر وبالقصر[1].

لأنهما مُقيمان، لم ينويا سفَراً، لأن من الكوفة إلى بغداد خمس مَراحل، و "القصر" منتصَف[2].

فإن نوَيا الإقامة بالقصر خمسة عشر يوما، ثم خرجا من القصر[3] إلى الكوفة، ليقيما بها يوماً ثم يرجعان إلى بغداد، يتمّان الصلاةَ[4] إلى الكوفة وبها[5]. لأنهما مقيمان بالقصر، لم ينويا سفرا، لما ذكرنا[6] أنه ليس من القصر إلى الكوفة مسيرة سفر.

فإن خرَجا من الكوفة إلى بغداد، يريدان المرور على القصر، يتمّان أيضاً إلى بغداد وبها[7]. لأن وطنهما بالقصر كان وطن إقامة، ولم ينتقض لعدم ما ينقضها[8].

بالاجتناب عن مجاورة أهل الكوفة، فتركها وبنى قصرَه المعروف به بالقرب من جسر سُورا، واشتهر بين الناس بقصر ابن هبيرة، والنسبة إليه قصري، عرف بها بعض العلماء. انظر «معجم البلدان» ٤/ ٤١٤.

(١) قرّر ابن عابدين ضابطا في ذلك بأن إنشاء السفر من وطن الإقامة مبطلٌ له، وإن عاد إليه. انظر «ردّ المحتار» ١/ ٥٣٢.

(٢) وفي (ا) و (ب): "منصف"، وهو تصحيف، وما ثبت أصح، أي القصر متوسط، يقول ابن عابدين: "إنهما يتمّان في طريق القصر، لأن من بغداد إلى الكوفة أربعة أيام، "القصر" متوسط بينهما". «ردّ المحتار» ١/ ٥٣٢.

(٣) "من القصر" ساقط من (ا)

(٤) "الصلاة" ساقط من (ب) و(ج) و(د).

(٥) انظر «ردّ المحتار» ١/ ٥٣٣.

(٦) وفي (ا): "لما قلنا".

(٧) «ردّ المحتار» ١/ ٥٣٣.

فإذا خرجا يريدان المرور على القصر، فمن الكوفة إلى القصر قَصدا الرجوعَ إلى وطنهما بالقصر، وليس ذلك مسيرة سفر، وكذلك من القصر إلى بغداد، فيتمان الصلاة إلى بغداد وبها[1].

هذا إذا نويا الإقامة بالقصر خمسة عشر يوماً.

فإن نوَيا الإقامة بالقصر يوماً أو يومين، وباقي المسألة بحالها، فإنهما يتمان الصلاة إلى الكوفة وبها، فإذا خرجا من الكوفة إلى بغداد، يقصرَان الصلاة[2]، وإن مرّا على القصر، لأنهما بقيا مقيمين إلى الكوفة وبها، فإذا خرجا من الكوفة إلى بغداد، صارا مسافرَين.

لأنهما نويا مسيرة السفر، وليس لهما بالقصر وطن، لأن وطنهما بالقصر كان وطن السكنى، وقد انتقض بوطنهما بالكوفة، فيقصران الصلاة[3] إلى بغداد وكذلك[4] ببغداد.

أما الكوفي فظاهر، وكذا البغداديّ، لأن وطنه ببغداد كان وطن إقامة، وقدانتقَض بالسفر[5]، إلّا إذا نوَيا الإقامة ببغداد خمسة عشر يوما، فيتمّان حينئذ.

---

(٨) وفي بقيّة النسخ: "لعدم الناقض".

(١) كذا ثبت في الأصل و(ا)، وسقط قوله: "الصلاة إلى بغداد وبها" من النسخ الأخرى.

(٢) "الصلاة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) "الصلاة" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) "كذلك" ساقط من النسخ الأخرى.

(٥) وهذا ما سبق أن قرّره قاضي خان أثناء تأصيله للباب، وقد فصّله ابن عابدين بانضباط ووضوح بقوله: "والحاصل أن إنشاء السفر يُبطل وطن الإقامة إذا كان منه، أما لو أنشأه من غيره، فإن لم

هذا إذاخرجا يريدان القصر.

فإن خرج البغدادي يريد الكوفة، والكوفي يريد بغداد، فالتقَيا بالقصر، ثم خرجا من القصر إلى الكوفة، ليقيما بها يوماً، ثم يرجعان[1] إلى بغداد، فإنهما يقصرَان الصلاة[2] إلى الكوفة وبها، ومن الكوفة إلى بغداد. لأنهما نويَا مَسيرة السفر، فصارا مسافرين كماخرجا.

وكذلك بالكوفة، أما البغدادي فظاهر، وكذا الكوفي، لأن وطنه بالكوفة كان وطن إقامة، وقدانتقَضَ، كما خرج منها علي عزم السفر، لأنه عاد مسافرا بالسفر الأصلي.

وكذلك إذا قدما [إلى][3] بغداد أما الكوفي فظاهر، وأما البغدادي، فلأن وطنه ببغداد كان وطن إقامة، وقدانتقض بالسفر.

بغداديّ وكوفيّ خرجا من وطنهما، يريدان "القصرّ"، ليقيما بها خمسة عشر يوماً، فلمّا قدما القصرَ، خرجا من القصر إلى الكوفة، ليقيما بها يوما، ثم يرجعان إلى بغداد، فإنهما يتمّان الصلاة إلى الكوفة و بها

لأن خروجهما من وطنهما إلى القصر، لم يكن سفراً لما ذكرنا، وخروجهما[4] من

يكن فيه مرور على وطن الإقامة، أو كان ولكن بعد سير ثلاثة أيام فكذلك، ولو قبله لم يبطل الوطن بل يبطل السفر، لأن قيام الوطن مانع من صحته". انظر «ردّ المحتار» ١/ ٥٣٣.

(١) وفي (ا) "رجعا" بدل "يرجعان".

(٢) "الصلاة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) "إلى" ساقط من الأصل، وأثبت من النسخ الأخرى.

(٤) قوله: "لماذكرنا و خروجهما" ساقط من (ب).

القصر إلى الكوفة كذلك، فبقيا مقيمين إلى الكوفة[1].

فإن خرجا من الكوفة إلى بغداد، يقصران الصلاة، وإن قصدا المرور على القصر، لأنهما قصدا بغداد، وليس لهما بالقصر وطن.

أمّا الكوفي: فلأن وطنه الأصلي بالكوفة نقض وطن القصر، وأمّا البغدادي: فعلى رواية الحسن رحمه الله يتمّ الصلاة[2]، وعلى رواية هذا الكتاب يقصر.

وجه رواية الحسن [عن أبي حنيفة][3] أن وطن البغدادي بالقصر صحيح، لأنه نوى الإقامة في موضعها، ولم يوجد ما يُنقضها، وقيام وطنه بالقصر يمنع تحقّق السّفر.

ووجه رواية هذا الكتاب أن وطن الإقامة لا يكون إلا بعد تقدّم السفر، لأن الإقامة من المقيم لَغو، ولم يوجد تقدّم السّفر، فلم يصحّ وطنه بالقصر، فصار مسافرًا إلى بغداد، وإذا قدما بغداد، فالبغدادي يتمّ، لأنه صار مقيمًا بمجرّد الوصول، والكوفي يقصر ما لم ينوِ الإقامة بها خمسة عشر يومًا.

هذا إذا خرجا يريدان القصر، فإن خرجا يريد كل واحد منهما وطن صاحبه، فالتَقيا بالقصر، ثم خرجا من القصر[4] إلى الكوفة على عزم الانصراف منها إلى بغداد، فالبغداديّ يقصر في الذهاب والرجوع؛ لأنه خرج إلى السّفر، ولم يوجد ما يبطله.

وأمّا الكوفي فيتمّ الصلاة[5] بالقصر، وفي رجوعه من القصر[6] إلى الكوفة،

---

(١) قوله: "فبقيا مقيمين إلى الكونة" ساقط من (ب).

(٢) "الصلاة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) ما بين المعكوفتين إضافة من (ب).

(٤) "من القصر" ساقط من (ب).

(٥) كذا في الأصل، و"الصلاة" ساقط من النسخ الأخرى.

وبها، لأنه حين عزَم على الرجوع إلى وطنه، وليس بينه وبين وطنه مسيرة السّفر، صار رافضًا سفرَه قبل الاستحكام، فارتفض بمجرّد العزم، فيتمّ الصلاة إلى الكوفة وبها، وإذا خرج من الكوفة إلى بغداد، الآن يقصر الصلاة[1]، لأنه مسافر.

كوفيّ أقبل من مكة، فاستقبله ابنه بالحِيْرَة[2]، وأخبره بخبر يسوءه، فنويا الإقامة بالحيرة خمسة عشر يومًا، ثم بدا لهما أن يرجعا إلى مكة، فلمّا انتهيا إلى القادسية، بدا لهما أن يرجعا إلى خراسان، ويمرّا بالكوفة، فالأب يقصر الصلاة حتى[3] يدخل الكوفة، لأن سفره متأكد، فلايبطل ما لم يدخل مصرَه.

وأمّا الابن [فإنه][4] يتم الصلاة إلى الكوفة وبها؛ لأنه رفَض سفرَه قبل التأكيد، لأنه ليس من القادسية إلى الكوفة مسيرة السّفر، فصار مقيمًا[5]، فإذا خرجا من الكوفة إلى خراسان، الآن يقصر الصلاة[6]، لوجود السفر.

هذا إذا قصدا المرور على الكوفة، فإن لم يقصُدا المرورعلى الكوفة، بل قصَدا المرور

(٦) "من القصر" ساقط من (ب).

(١) "الصلاة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "الحِيرَة"، بالكسر ثم السكون: مدينة كانت علي ثلاثة أميال من الكوفة على موضع يقال له النجف، كان يتصل به بحر فارس. انظر «معجم البلدان» ٢/ ٣٧٦، و«آثار البلاد» للقزويني ص ٣٥٩.

(٣) وفي (ب): "إلى" مكان "حتى"، وهو خطأ.

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل و(ب) و(ج)، وأثبت من (ا) و(د).

(٥) "فصار مقيما" ساقط من (ب).

(٦) "الصلاة" ساقط من (ب).

على جَنَبات[(١)] الكوفة، فإنهما يقصران الصلاة[(٢)]، كما خرجا من القادسية، لأنهما نويا السفر، ولم يوجد ما يبطل السفر[(٣)].

كوفي نقل عَياله إلى مكة، ليتوطّن بها، فلمّا دخلها لم يُعجبه المقام بها، فخرج إلى بغداد، فإنه يقصر الصلاة، وإن مرّ بالكوفة، لأن وطنه بالكوفة[(٤)] انتقض بوطنه بمكة، فبدخول الكوفة على عزم المرور لا يصير مقيمًا.

فإن بدا له في الطريق أن لايستوطن مكة، فخلّف عياله بالبُستان، ودخل مكة على عزم أن يحجّ، ثم يرجع إلى بغداد، فإنه يقصر الصلاة إلى مكة وبها، إلا إذا دخل مكة[(٥)] قبل يوم التروية بخمسة عشر يومًا، فإنه يتمّ الصلاة[(٦)] بمكة؛ لوجود الإقامة، فإذا خرج من مكة، يقصر إلى الكوفة، فإذا قدم الكوفة يتمّ؛ لأن وطنه بالكوفة قائم؛ لعدم ما ينقضه، فيصير مقيمًا بالدخول، فيتمّ الصلاة[(٧)] إلى أن يخرج منها.

---

(١) الجَنَبَة: الناحية، والجَنَاب: بالفتح، الفناء وما قرب من محلة القوم. «مختار الصحاح»، مادة: جنب ص ١١٢.

(٢) "الصلاة" ساقط من (ب).

(٣) وفي بقيّة النسخ: "مايبطله" بسقوط "السفر".

(٤) كذا في الأصل، وسقطت "الكوفة" من النسخ الأخرى.

(٥) "مكة" ساقط من بقيّة النسخ.

(٦) "الصلاة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٧) "الصلاة" ساقط من النسخ الأخرى.

باب المسافر والمقيم يؤمّ أحدُهما صاحبَه ثمّ يشكّان فيه

١ ـ الأصل فيه: أن الصلاة متى فسدت من وجه، وجازت من وجه، أو فسدت من وجه، وصحّت من وجوه، يُحكم بالفساد [احتياطاً][1]، لأن من الوجه [الذي][2] يجوز، يَسقط الواجب، ومن الوجه الذي فسد، لايسقط، فلايسقط بالشكّ والاحتمال.

٢ ـ وأصل آخر: أن فساد صلاة الإمام مُوجب فساد صلاة المقتدى، وفساد صلاة المقتدي لايوجب فساد صلاة الإمام، لأن المقتدي بَنى صلاتَه على صلاة الإمام، وفساد المبنيّ عليه يوجب فساد البناء[3]، أما الإمام منفرد في نفسه، ففساد صلاة غيره لايوجب فساد صلاته.

٣ ـ وأصل آخر: أن تعيين الإمام من المقتدى، شرط جواز الصلاة بالجماعة، لأن اقتداء الإمام بالمقتدى مفسد للصلاة، وحال عدم التعيين يحتمل ذلك.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل و(ب)، وزيد من النسخ الأخرى، فهي زيادة مهمة.

(٢) في الأصل: "التي"، وهو خطأ، وصحح من النسخ الأخرى.

(٣) ويستدل عليه بما أخرجه الإمام أحمد بسند صحيح عن النبي ﷺ أنه قال: «الإمام ضامن، والمؤذن مؤتمن» «مسند الإمام أحمد ٢/ ٢٨٤، ورواه الترمذي في الصلاة، باب ما جاء أن الإمام ضامن برقم ٢٠٧، والبيهقي في السنن عن عائشة رضي الله عنها، السنن الكبرى ١/ ٤٢٥، كما رواه الشافعي في الأم ١/ ١٤٥.

وقال المرغيناني: ونحن نعتبر معنى التضمن، وذلك في الجواز والفساد. ينظر التفصيل في «الهداية» مع «فتح القدير» و«العناية» ١/ ٢٦٥.

وفي الباب فصول ثلاثة : إما أن [يشكّا][1] بعد ما صلّيا ركعة، أو ركعتين، أو ثلاثا.

أمّا الفصل الأول : قال محمد رحمه الله : مسافر ومقيم أمّ أحدهما صاحبه، فلمّا شرعا شكّا في الإمام، فإنهما يستقبلان، لأنهما عجزا عن المضيّ، لأن كل واحد منهما يحتمل أن يكون إمامًا، ويحتمل أن يكون مقتديًا، وإمامة المقتدى مفسدة[2] للصلاة، فتفسد صلاة كل واحد منهما من وجه، فيحكم بالفساد.

قالوا: تأويل هذه المسألة إذا افترقا عن مكانهما، أمّا قبل الافتراق : يجعل مَن على يمين الآخر مقتديا، عملا بالسنّة[3].

ومنهم من قال: لا يجعل كذلك، لأن قيام المقتدى على يمين الإمام ليس بشرط

---

(١) ما بين المعكوفتين أثبت من النسخ الأخرى، وفي الأصل: "شكا".

(٢) في (ا) و(ج) "مفسد"، وهو خطأ.

(٣) وهو ما أخرجه الأئمة الستة، عن ابن عباس رضي الله عنه قال: «بِتُ عند خالتي ميمونة، فقام رسول الله ﷺ من الليل، فأطلق القربة، فتوضأ، ثم أوكأ القربة، ثم قام إلى الصلاة، فقمتُ فتوضّأتُ، كما توضأ، ثم جئت فقمت عن يساره، فأخذني بيمينه، فأدارني من ورائه، فأقامَني عن يمينه، فصلّيتُ معه». أخرجه البخاري في الدعوات، باب الدعاء إذا انتبه من الليل، الحديث ٦٣١٦، ومسلم في صلاة المسافرين، باب الدعاء في صلاة الليل وقيامه، الحديث ١٧٨٥، والنسائي في التطبيق، باب الدعاء في السجود، الحديث ١١٢٠، والترمذي في الشمائل، باب ماجاء في صفة نوم رسول الله ﷺ، الحديث ٢٤٥، وابن ماجة في الطهارة، باب وضوء النوم، الحديث ٥٠٨، وأبوداود في الأدب، باب النوم على طهارة، الحديث ٥٠٤٣. وانظر «نصب الراية» للزيلعي ٢/ ٣٣.

لصحّة الاقتداء[1]، حتى يجعل ذلك دليلا.

ولو لم يشكّا حتى أحدث أحدهما، فخرج، ثم أحدث الآخر[2]، ثمّ شكّا في الإمام[3]، فصلاة من خرج أوّلاً فاسدة، لأن الأول إن كان مقتديًا، فلمّا خرج الإمام بعده[4] لم يبقَ له إمام في المسجد، فتفسد صلاته.

وإن كان الأول إمامًا، فبخروجه تحوّلت الإمامة إلى المقتدى، فإذا خرج المقتدى بعده، فقدخلا مكان الأول[5] عن الإمام، فتفسد صلاة الأول[6]، والذي خرَج آخرا، خرج وهو إمام، لا تَعلّق لصلاته بصلاة غيره، لأنه منفرد، ويصلي أربعا، مسافرا كان أو مقيما، ويقرأ في الركعة الثانية، ويجلس على رأس الركعتين، حتى لو ترك ذلك، فسدت[7] صلاته لأن القراءة في الركعتين، والقعدة على رأس الركعتين[8]، فرض على المسافر إن كان إماما، وفرض على المقيم إن كان مقتديًا بالمسافر[9]، وتحوّلت إمامة المسافر

---

(١) جاء في «الهداية»: فإن صلى خلفه أو في يساره، جاز وهو مُسيء، لأنه خالف السنة. انظر «فتح القدير» ١/ ٢١٥١. و«بدائع الصنائع» ١/ ١٥٨.

(٢) وزاد في (ا) و(ج) بعده: "فخرج".

(٣) "في الإمام" ساقط من (ا) و(ب).

(٤) "بعده" ساقط من (ج).

(٥) وفي (ب): "مكان الإمام الأول".

(٦) وفي (ا) و(ب) "فتفسد صلاته".

(٧) وفي (ب) "تفسد صلاته".

(٨) وفي بقيّة النسخ: "الثانية" بدل "الكعتين".

(٩) "بالمسافر" ساقط من (ا) و(ب).

إليه، ويصلي أربعًا؛ لأن ذلك فرض على المقيم على كل حال، وعلى المسافر إن كان مقتديًا، واحتمال الاقتداء ثابت.

وإن كان لا يدرى أيهما خرج أوّلا فسدت صلاتهما، لأن صلاة المتقدم منهما فاسدة، واحتمال التقدم في [حق][1] كلّ واحد منهما ثابت.

وكذلك لو خرجا من المسجد معًا، فسدت صلاتهما، لأن صلاة المقتدى منهما فاسدة، لخلوّ مكان الإمام عن الإمام، واحتمال الاقتداء في حق كلّ واحد منهما ثابت.

وإن صليا ركعتين، وقعد القعدة، ولم يحدثا، ثم شكّا في الإمام، لم تفسد صلاتهما، بل يقوم المقيم، ويُتمّ صلاته، ويتابعه المسافر في ذلك لأن المقيم[2] لو كان إماما، كان له أن يصلي أربعا، وإن كان مقتديًا انتهى اقتداؤه إذا قعد إمامه قدر التشهّد[3]، ويتابعه المسافر في ذلك[4]؛ لأن المسافر[5] لو كان إمامًا تمت صلاته، فلا تضرّه المتابعة في الزيادة، وإن كان مقتديًا انقلب فرضه أربعًا، واحتمال الاقتداء ثابت، حتى لو لم يتابعه، فسدت صلاته لما ذكرنا[6].

ولو لم يشكّا حتى أحدث أحدهما، فخرج، ثم أحدَث الآخر فخرج، ثم شكا في

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل.

(٢) "المقيم" ساقط من (ا).

(٣) قوله: "اذا قعد إمامه قدرالتشهد" ساقط من (ب).

(٤) "في ذلك" ساقط من (ا) و(ب).

(٥) "المسافر" ساقط من (ا) و(ب).

(٦) "لما ذكرنا" ساقط من (ا) و(ب).

الإمام[1] بعد ما رجعا عن الوضوء، فسدت صلاة من خرج أولا لأن الأول لو كان مقيما، فإن كان مقتديا بالمسافر، لا تفسد صلاته؛ لأنه خرج بعد ما انتهى اقتداؤه، وإن كان إماما فسدت صلاته، لأنه لما خرج أوّلا، صار مقتديا بالمسافر، فإذا خرج المسافر بعده فسدت صلاته.

وإن كان الأول مسافرا، إن كان إماما، لم تفسد صلاته؛ لأنه خرج بعد الفراغ عن الأركان، فلم يَصِر[2] مقتديا بالمقيم لانتهاء الاقتداء.

وإن كان المسافر مقتديا، تفسد صلاته؛ لخروج الإمام بعده، ففسدت صلاة من خرج أولا من وجه، وجازت من وجه، فيحكم بالفساد لهذا[3].

والمتأخّر في الخروج لا تفسد صلاته؛ لأنه منفرد عند الخروج، ويصلي ركعتين ليصير أربعًا، لأن المتأخّر[4] لو كان مقيما لا بدّ له من ذلك، وإن كان مسافرا، فبالاقتداء يجب عليه ذلك، واحتمال الاقتداء ثابت.

وإن شكا في الذي خرج أولا فسدت صلاتهما، لأن صلاة المتقدم فاسدة، واحتمال التقدم في حق كل واحد ثابت.

وإن خرجا معًا، فصلاة المقيم تامة؛ لأنه لو كان إمامًا، لم تتحوّل إمامته إلى المسافر، وإن كان مقتديًا انتهى حكم الاقتداء[5]، فصار منفردا، وصلاة المسافر فاسدة، لاحتمال

---

(١) "في الإمام" ساقط من (ا) و(ب).

(٢) وفي (ا): "ولا يصير".

(٣) "لهذا" ساقط من (ا) و(ب).

(٤) "المتأخر" ساقط من ساقط من (ا) و(ب).

(٥) في بقيّة النسخ: "اقتدائه".

أنه كان مقتديًا، وقد خلا مكان إمامه عن الإمام[1].

وإن شكّا بعد ما صليا ثلاثا أو أربعًا، ولم يحدثا، القياس أن تعتبر الأحوال، وتفسد صلاة المقيم؛ لاحتمال أنه كان مقتديًا بالمسافر[2] في الشفع الثاني، وفي الاستحسان تجوز صلاتهما، ويجعل المقيم إمامًا، حملا لأمرهما على الصحة، لأن الظاهر من المسلم الجَري على موجَب الشرع.

هذا كمَن أحرم بشيء، ونسيه[3]، يلزمه[4] حَجة وعمرة، ليخرج عن عُهدة ما التزم بيقين[5].

ولو أحرم بشيئين، ونسيهما، القياس أن يلزمه حَجَّتان وعمرتان، وفي الاستحسان يلزمه حجة وعمرة[6]، ويحمل أمره على المسنون والمتعامل فيما بين الناس، وهو القِران، كذلك ههنا.

وكذلك مسافر ومقيم، أمّ أحدهما صاحبه في الظهر، وتركا القعدة على رأس

---

(١) في (ا)و(ب): خلا مكان الإمام.

(٢) "بالمسافر" ساقط من (ا).

(٣) أي أحرم بشيء معين من حج أو عمرة أو قران، ثم نسيه ولم يترجح لغبة ظنه شيئ. «مناسك ملا علي القاري» ص ١٠٨،

(٤) وفي (ب): "لزمته".

(٥) ويقدّم أفعال العمرة على الحج كالقران، ولايلزمه هدي القران، تخفيفا عليه بسبب النسيان، فإن اللزوم نوع مؤاخذة. نصّ عليه القاري في المناسك. ص ١٠٩.

(٦) فيلزمه القران الشرعي ودمه، حملا لفعل المؤمن على الصلاح المستحسن في الدين. راجع «مناسك ملا علي القاري» ص ١٠٩.

الركعتين، فسلَّما وسجدا للسهو، ثم شكّا في الإمام، يجعل المقيم إمامًا.

وكذا لو تركا القراءة في الأوليين أو في إحداهما، فلما سلّما[1] وسجدا للسهو، شكا في الإمام[2]، يجعل المقيم إماما.

وإذا جعلنا المقيم إماما في مسألتنا، فإن أحدث المقيم أوّلاً[3]، وخرج، ثم أحدث المسافر، وخرج، فسدت صلاة المقيم، وجازت صلاة المسافر، وإن أحدثا معًا أو متعاقبا، وخرجا من المسجد معًا، فسدت صلاة المسافر لخُلوّ مكان الإمام عن الإمام[4]، وجازت صلاة المقيم؛ لأنه منفرد، وإن خرجا على التعاقب، ولا يدرى أيهما خرج أولا، فسدت صلاتهما؛ لما قلنا فيما تقدّم[5].

والله أعلم بالصواب

(١) وفي (ا) و(ب): "فسلما".

(٢) سقط قوله: "شكا في الإمام" من (ا).

(٣) "أولا" ساقط من (ا) و(ب).

(٤) "عن الإمام" ساقط من (ا) و(ب).

(٥) "فيما تقدم" ساقط من (ا) و(ب). وزاد في الأصل بعده: "والله أعلم بالصواب".

باب صلاة الخوف[1]

بنى الباب على أصل:

١ ـ وهو أن الانصراف في غير أوانه مُفسد للصلاة، وفي أوانه لا[2]، لأن الانصراف مفسد بقضية الأصل، إلا أن الشرع جعله عفواً، لمكان الضرورة، والضرورة[3] في أوانه، لا في غير أوانه[4]، وتَرْك الانصراف في أوانه غير مُفسد، لأنه أخذٌ بالعزيمة.

٢ ـ وأوان انصراف الطائفة الأولى ما بعد الفَراغ عن الشَطر الأول، وأوان انصراف الطائفة الثانية ما بعد الفراغ عن الشطر الثاني.

---

(١) تنوّعت عبارات الفقهاء في أن الخوف سبب لهذه الصلاة أو شرط لها، وخرج ابن عابدين بعد مناقشتها إلى أن الخوف سبب لهذه الصلاة، وحضور العدوّ شرط، كما في صلاة المسافر، فإن المشقة سبب لها، والسفر الشرعي شرط، وحينئذ فمن أراد بالخوف العدو، سمّاه شرطا، ومن أراد به حقيقته، سمّاه سببا، لكن لا يشترط تحقق الخوف في كل وقت، لأنه سبب المشروعية، وأقيم العدو مقامه، كما أقيم السفر مقام المشقة. «ردّالمحتار» ١/ ٥٦٨.

(٢) أنظر: ابن الهمام في «فتح القدير»، فقد ذكر ما يقارب هذا الأصل. ١/ ٤٤٤، وجاء في «الفتاوى الهندية»: "وأصله أن الانحراف في غير أوانه مفسد، وتركه في أوانه غير مفسد". ١/ ١٥٥.

(٣) كذا في الأصل و(ا)، وقوله: "والضرورة" ساقط من (ب) و(ج) و(د)، وثبوته أصح.

(٤) وعلّله الكاساني بأن الأصل: أن الإتيان بعمل كثير ليس من أعمال الصلاة فيها لأجل الضرورة، فيختصّ بمحل الضرورة. «بدائع الصنائع» ١/ ٢٤٥.

٣ـ ومن أدرك الشطر الأول، فهو من الطائفة الأولى، ومن أدرك الشطر الثاني، فهو من الطائفة الثانية[1].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

إمام صلّى المغرب بالطائفتين، فإنه يصلي بالطائفة الأولى ركعتين، وبالطائفة[2] الثانية ركعة[3]، لأن حق كل واحد من الطائفتين في أداء شطر واحد مع الإمام، وشطر المغرب ركعتان، بدليل أن القَعدة شُرعت على رأس الركعتين، والقعدة إنما شُرعت للفصل بين الشطرين، ولأن الطائفة الأولى، لهم حَظّ في الركعة الثانية، والركعة الواحدة[4] لا

(١) حكى ابن العلاء عن «الفتاوى العتّابية» أن كل من أدرك شيئا من الشفع الأول فهو من الطائفة الأولى، وكل من أدرك من الشفع الثاني فهو من الطائفة الثانية. «الفتاوى التاتارخانية» ٢/ ١٠٧، ومن دخل في قسم غيره، صار حكمه حكم ذلك الغير، إلا إذا دخل بعد ما فرغ من قسم نفسه. «الفتاوى الهندية» ١/ ١٥٥.

وإن الفقيه ابن العلاء الأنصاري حكى مسائل هذا الباب في نوع خاص، محيلا إلى «الزيادات»، وافتتحه بتمهيد بيّن فيه هذه الأصول، والذي يلا حظ فيه أنه زاد أصلا آخر لا يخلو من فائدة، كما يتبيّن، فيقول: والأصل الثالث: أن المقتدي رأي الإمام لا رأي نفسه، إلا إذا تيقّن بخطأ الإمام، والمنفرد يتبع رأي نفسه، والمسبوق فيما يقضي منفرد، واللاحق كأنه خلف الإمام. «الفتاوى التاتارخانية» ٢/ ١١٣.

(٢) "الطائفة" ساقط من (ب) و(ج) و(د).

(٣) ثم الطائفة الأولى تصلي الركعة الثالثة بغير قراءة لأنهم لاحقون، والطائفة الثانية يصلون الركعتين الأوليين بالقراءة، ويقعدون بينهما، وبعدهما، كما يفعله المسبوق بركعتين في المغرب. «المبسوط» ٢/ ٤٨.

(٤) "الواحدة" ساقط من (ا).

تَتَجزّأ، فإذا ثبت لهم النصف، ترجّحوا بالسّبق[(١)].

فإن أخطأ الإمام، فصلّى بالطائفة الأولى ركعة فانصرفت، وبالثانية ركعتين فانصرفت، فسدت صلاة الطائفتين؛ لأن انصراف الطائفة الأولى حصل في غير أوانه لما قلنا، في كون مفسداً[(٢)]، وانصراف الطائفة الثانية كذلك، لأنهم من الطائفة الأولى، حيث أدركوا الشطر الأول، وما بعد الفراغ عن الشطر الثاني أوان عود الطائفة الأولى إلى الصلاة[(٣)]، لا أوان انصرافهم، فتفسد صلاتهم[(٤)].

ولو صلى بالطائفة الأولى ركعة، فانصرفت[(٥)]، وصلى بالطائفة الثانية الركعة الثانية، فانصرفت، ثم عادت الطائفة الأولى، فصلى بهم الركعة الثالثة، فصلاة

---

(١) قال المرغيناني في تعليله: لأن تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن، فجعلُها في الأولى أولى بحكم السبق. انظر: «فتح القدير» ١/ ٤٤٤.
وهذا بخلاف رأي الإمام الثوري رحمه الله، حيث يقول: يصلي بالطائفة الأولى ركعة، وبالطائفة الثانية ركعتين، لأن فرض القراءة في الركعتين الأوليين، فينبغي أن يكون لكل طائفة في ذلك حظّ. «المبسوط» ٢/ ٤٨، وانظر «كتاب الأصل» ١/ ٣٩٣.

(٢) "فيكون مفسداً" ساقط من (ا).

(٣) "إلى الصلاة" ساقط من (ا).

(٤) ذكر ابن الهمام بعد أن حكى هذه المسألة ما قرّره قاضي خان في أصل الباب، فقال: والأصل: أن الانصراف في أوان العَود مبطل، والعود في أوان الانصراف لايبطل، لأنه مقبل، والأول معرض، فلايعذر إلا في المنصوص عليه، وهو الانصراف في أوانه. «فتح القدير» ١/ ٤٤٤.

(٥) وفي بقيّة النسخ: "فانصرفوا".

[الطائفة][1] الأولى فاسدة) لأن انصرافهم قبل الفراغ عن الشطر الأول حصل[2] في غير أوانه لما قلنا، وصلاة الطائفة الثانية جائزة لأنهم من الطائفة الأولى حيث أدركوا شيئا من الشطر الأول، فانصرافهم على رأس الركعتين حصل في أوانه، فلا يكون مفسدا[3].

وإذا جازت صلاتهم، عليهم قضاء ركعتين، ركعة بغير قراءة؛ لأنهم لاحقون في هذه الركعة[4]، ثم بعد التشهد يقضون الركعة الأولى بقراءة، لأنهم مسبوقون في هذه الركعة.

فإن كانت الطائفة الأولى صلوا الركعة الثالثة مع الإمام بتحريمة جديدة، جازت صلاتهم؛ لأنهم صاروا[5] من الطائفة الثانية، لأن الشطر الأول قد فسد، فإنما أدّوا الشطر الثاني بتحريمة جديدة.

قال[6]: ولو أن الإمام جعل الناس ثلاث طوائف، فصلى بكل طائفة ركعة، فانصرفت فصلاة الطائفة الأولى فاسدة، لما قلنا أن انصرافهم قبل الركعة الثانية حصل في غير أوانه[7]، وصلاة الطائفة الثانية جائزة؛ لأنهم من الطائفة الأولى، فانصرافهم بعد الفراغ من الشطر الأول حصل في أوانه، وصلاة الطائفة الثالثة جائزة، لأنّ ما بعد الفراغ

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و(ب).

(٢) قوله: "قبل الفراغ عن الشطر الأول حصل" ساقط من (ا) و(ب).

(٣) كذا في «فتح القدير» ١/ ٤٤٤.

(٤) قوله: "هذه الركعة" ساقط من (ا) و(ب)، وكذلك سقط في السطر التالي.

(٥) "صاروا" ساقط من (ا) و(ب).

(٦) أي قال محمد رحمه الله، و"قال" ساقط من النسخ الأخرى.

(٧) قوله: "أن انصرافهم قبل الركعة الثانية حصل في غير أوانه" ساقط من (ب).

من الشطر الثاني أوان انصرافهم[١].

وإذا جازت صلاة الطائفتين[٢]، فالطائفة الثانية يقضون الركعةَ الثالثة أوّلا بغير قراءة، ثم الركعة الأولى بقراءة، لأنهم مسبوقون في تلك الركعة، والطائفة الثالثة يقضون ركعتين بقراءة؛ لأنهم مسبوقون فيهما.

ولو كان الإمام مقيما، فصلى بهم الظهرَ أو العصرَ أو العشاءَ صلاة الخوف، فإنه يصلي بكل طائفة ركعتين[٣]، لأن شطر الظهر ركعتان، ثم تَقضى كل طائفة ركعتين، الطائفة الأولى بغير قراءة، لأنهم لاحقون، والطائفة الثانية بقراءة، لأنهم مسبوقون[٤] في القضاء[٥].

وإن أخطأ [الإمام][٦] فصلى بالطائفة الأولى ركعة فانصرفت، وبالثانية ركعة فانصرفت، ثم عادت الطائفة الأولى، فصلى بهم الركعة الثالثة، فانصرفت، وعادت الطائفة الثانية، فصلى بهم الركعة الرابعة، فانصرفت، فصلاة الإمام تامّة، وصلاة القوم فاسدة[٧].

---

(١) خرّج ابن الهمام هذه المسألة في «فتح القدير» على الأصل السابق. ١/ ٤٤٤.

(٢) قوله: "وإذا جازت صلاة الطائفتين" ساقط من (ا) و(ب).

(٣) أنظر هذه المسائل في «الفتاوى الهندية» نقلا عن «الزيادات» ١/ ١٥٦.

(٤) وفي (ا): "لأنهم لاحقون". وما ثبت أصح.

(٥) "في القضاء" ساقط من (ا) و(ب).

(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من (ب).

(٧) «فتح القدير» ١/ ٤٤٤.

أمّـا الطائفـة الأولى: فـلأن انصرافـهم على رأس الأولى[1] في غيـر أوانه لما قلنا، و[أما][2] الطائفة الثانية فلأن انصرافهم على رأس الرابعة[3] بعد سلام الإمام[4] حصل في غير أوانه أيضًا، لأنهم من الطائفة الأولى.

وهـذا أوان عـودهم إلى الصـلاة، لا أوان انصـرافـهم[5]، حتى لو لـم ينصـرفـوا في هذه الحـالـة، لم تفسـد صـلاتـهم؛ لأن انصـرافـهـم على رأس الثـانيـة حـصل[6] في أوانه، لأنهم من الطائفة الأولى، وعودهم إلى الصلاة[7] بعد الثالثة وإن كان في غير أوانه، لكن الإقبال إلى الصّلاة لا يُفسد الصلاة بكل حال[8].

وإذا جازت صلاتهم في هذه الصورة يقضون ركعتين، الركعة الثالثة بغير قراءة؛ لأنهم لاحقون فيها، ثم الركعة الأولى بقراءة، لأنهم مسبوقون فيها.

وإن صلّى بالطائفة الأولى ركـعة، فانصرفت، وبالطائفة الثـانية ثلاث ركـعات،

---

(١) وفي (ا) و(ب): "فلأن انصرافهم بعد الركعة الأولى".

(٢) ما بين المعكوفتين أثبت من (ا) و(ب)، وفي الأصل: "وصلاة الطائفة الثانية".

(٣) وفي (ا) و(ب): "بعد الرابعة".

(٤) "بعد سلام الإمام" ساقط من (ا) و(ب).

(٥) قوله: "إلى الصلاة، لا أوان انصرافهم" ساقط من (ا) و(ب).

(٦) "حصل" ساقط من (ا) و(ب).

(٧) "إلى الصلاة" ساقط من بقيّة النسخ.

(٨) وهذا كما سبق تعليقًا عن ابن الهمام بأن الانصراف في أوان العَود مبطل، والعود في أوان الانصراف لايبطل، لأنه مقْبل، والأول معرض، فلايعذر إلا في المنصوص عليه.

وسلّم الإمام[(١)]، فانصرفت الطائفة الثانية، فسدت صلاة الطائفتين؛ لأن انصراف الأولى على رأس الركعة الأولى، وانصراف الثانية على رأس الرابعة في غير أوانه[(٢)]، لما قلنا.

وإن جعلهم[(٣)] أربع طوائف، وصلى بكل طائفة ركعة، فصلاة الأولى والثالثة فاسدة، وصلاة الثانية والرابعة جائزة[(٤)].

أما الأولى: فلما ذكرنا، وأما الثالثة: فلأنهم من الطائفة الثانية، فانصرافهم قبل الفراغ عن الشطر الثاني حصل في غير أوانه، وصلاة الطائفة الثانية جائزة، لأنهم من الطائفة الأولى، والانصراف على رأس الثانية[(٥)] انصراف في أوانه، وأما صلاة الطائفة الرابعة، فلأنهم من الطائفة الثانية، وما بعد سلام الإمام أوان انصرافهم، فلا يكون مفسدا.

وإذا جازت صلاة الطائفتين، فالطائفة الثانية يقضون الركعة الثالثة والرابعة أولا بغير قراءة، ثم الركعة الأولى بقراءة، والطائفة الرابعة يقضون ركعتين بقراءة الفاتحة والسورة، وفي الثالثة إن شاءوا قرأوا الفاتحة، وإن شاءوا سبّحوا، وإن شاءوا سكتوا[(٦)]، ويقعدون بين[(٧)] الركعة الأولى والثانية، [كما] هو[(٨)] حكم المسبوق بثلاث ركعات.

---

(١) زاد هنا في (ا): "لأنهم مسبوقون فيها الإمام".

(٢) وجاء في (ا) و(ب): "فسدت صلاة الطائفتين، للانصراف في غير أوانه".

(٣) وزاد في (ب) "الإمام".

(٤) كذا في «الفتاوى الهندية» ١/ ١٥٥

(٥) وفي (ب): "على رأس الركعتين".

(٦) قوله: "وإن شاءوا سكتوا" ساقط من (ج) و(د).

(٧) وفي (ا) و(ب): "بعد الركعة" وما ثبت أصح.

وإن صلى بالطائفة الأولى ركعتين، فانصرفوا، وبقي رجل لم ينصرف، حتى صلى مع الإمام الركعة[1] الثالثةَ والرابعةَ، ثم انصرف قبل القعود، لا تفسد صلاته، ويكون مُسيئا[2]، لأنه من الطائفة الأولى، وما بعد الفراغ عن الشطر الأول إلى أن يفرغ الإمام من الشطر الثاني أوان انصرافهم، ويعود إلى الصلاة مع الطائفة الأولى لإتمام صلاته[3].

وليس هذا كالمصلي إذا سبَقَه الحدث، فلم ينصرف، حتى تمكّن من أداء الركن، فسدت صلاته لوجود المنافي، وأما ههنا لم يوجد المنافي، بل تحرّز عن فوات الصلاة.

ولو أن هذا الرجل[4] تشهّد مع الإمام، ثم انصرف قبل السلام، فصلاته تامّة أيضًا، لا لأن هذا انصراف في أوانه، فإنّ هذا أوان عوده إلى الصلاة[5]، لكن لأن هذا انصراف بعد انتهاء الأركان، ولا تفسد الصلاة[6] حتى لو كان عليه شيء من الأركان، بأن كان مسبوقا بركعة، فسدت صلاته.

وإن صلى بالطائفة الأولى ركعتين، فانصرفت الطائفة الأولى[7]، ونام منهم رجل، فلمّا صلى الإمام الشطرَ الثاني، انتبه هذا الرجل وانصرف، فسدت صلاته لما قلنا.

---

(٨) ما بين المعكوفتين أثبت من (ا) و(ب)، وفي الأصل و(ج) و(د): "هذا ا هو حكم".

(١) "الركعة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) راجع لتفصيل هذه المسائل «الفتاوى الهندية» فقد حكاها نقلا عن «الزيادات» ١/ ١٥٦.

(٣) كذا في (ا) و(ب)، وفي الأصل: "لإتمام الصلاة".

(٤) كذا في الأصل، وفي بقيّة النسخ: "ولو أنه".

(٥) كذا في الأصل، وفي بقيّة النسخ: "فإنّه أوان عوده".

(٦) "الصلاة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٧) "الطائفة الأولى" ساقط من النسخ الأخرى.

هذا الذي ذكرنا إذا صلى صلاة الخوف عند حَضرة العدوّ وتحقق الخوف[1]، فإن كان قبل حضرة العدوّ، فخاف الإمام، ليس له أن يصلي صلاة الخوف، لأن الشرع إنما ورد بصلاة الخوف بخلاف القياس، عند تحقق الخوف[2] وحضرة العدو، فعند عدمه يبقى على الأصل، كمن انصرف على خوف سَبَق الحدث، لايَبنى.

فلو أن الإمام افتتح الصلاة بهم جميعًا، فلما صلى ركعة وهو مسافر، أو ركعتين وهو مقيم، حضَر العدوّ، فانصرفت منهم طائفة إلى العدوّ، وصلى بمن بقي بقيةَ الصلاة، لم تفسد صلاتهم؛ لأن هذا انصراف في أوانه عند تحقّق العدو، لأن الشرط تحقق العدو[3] عند الانصراف، لا وقت الافتتاح.

---

(١) سقط "صلاة الخوف" و "تحقق الخوف" في هذا السطر من النسخ الأخرى، وثبوته أولى.

(٢) قوله: "تحقق الخوف" خرج مخرج البيان، دون القيد، فإن حَضرة العدو مَظنة تحقق الخوف، وقد سبق تعليقا بأن الخوف سبب لهذه الصلاة، وحضور العدو شرط، كما حقّقه ابن الهمام، والبابرتي، وابن عابدين، قال ابن الهمام: اشتداد الخوف ليس بشرط، بل الشرط حضور عدوّ. «فتح القدير» ١/ ٤٤١، ونقل ابن عابدين عن مبسوط شيخ الإسلام الاسبيجابي السمرقندي أن المراد بالخوف حَضرة العدو، لا حقيقة الخوف، لأن حَضرة العدو أقيمت مقام الخوف على ما عُرف من أصلنا من تعليق الرخص بنفس السفر. «ردّالمحتار» ١/ ٥٦٨.

تبيّن بهذا أنه يشترط لجواز صلاة الخوف حضور العدو، ولا يشترط تحقق الخوف، وقدأومأ إليه قاضي خان في الصفحة التالية، وتفرّع على هذا عديد من المسائل التي أوردها الإمام الشيباني هنا، وشيخ الإسلام السُغدي صرّح به بوضوح تام، فقال: صلاة الخوف على وجهين: أحدها: بمعاينة العدو، وهي جائزة بلاخوف، والثانية: بغير معاينة العدو إلا أن يكون الخوف ثابتا، وهي غير جائزة عند الفقهاء. «النتف في الفتاوى» ١/ ٨١، «بدائع الصنائع» ١/ ٢٤٥.

(٣) وفي (ا): "العذر".

وكذلك لو انصرفوا بعد ما صلى ثلاث ركعات، لما ذكرنا أن ما بعدَ الفراغ عن الشطر الأول إلى أن يفرغ من الشطر الثاني أوان انصراف الطَائفة الأولى.

ولو كان انصرافهم قبل الفراغ من الشطر الأول، فسدت صلاتهم، لأن هذا انصراف[1] في غير أوانه.

ولو خاف الإمام، فصلى بطائفة، ووقفت طائفة، ثم إن الطائفة الواقفة صلوا بإمام آخر، جاز، وكذلك عند حضرة العدوّ.

ولو جعل الناس طائفتين، فصلى بطائفة، ووقفت طائفة بإزاء العدوّ، ثم إن الطائفة الواقفة صلّوا بإمام آخر جاز[2]، وهذا أولى[3]، لأن المَصير إلى صلاة الخوف، إنما كان لوقوع المنازعة في الاقتداء بإمام واحد، أما عند[4]عدم المنازَعة فلا ضرورة[5].

---

(١) قوله: "لأن هذا انصراف" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) من قوله: كذلك عند حضرة العدو إلى قوله: صلوا بإمام آخر جاز، ساقط من (ب).

(٣) صلاة الخوف على الوجه المخصوص إنما يحتاج اليها إذا تنازع القوم في الصلاة خلف الإمام، فقال كل طائفة منهم: نحن نصلي معك، وأما إذا لم يتنازعوا فالأفضل أن يصلي الامام بطائفة تمام الصلاة، ويرسلهم إلى وجه العدو، و يأمر رجلا من الطائفة التي كانت بإزاء العدو أن يصلي بهم تمام صلاتهم أيضا، و تقوم التي صلّت مع الامام بإزاء العدو. انظر: «العناية» و «فتح القدير» ١/ ٤٤١، وقال الحصكفي: "هذا إن تنازعوا في الصلاة خلف واحد، وإلا فالأفضل أن يصلي بكل طائفة إمام"، وذكر ابن عابدين وجها آخر، نقلا عن «الجَوهرة» بقوله: وكذا لوكان الوقت قد ضاق عن صلاة إمامين. «ردّالمحتار» ١/ ٥٦٩، وانظر «الفتاوى الهندية» ١/ ١٥٤.

(٤) وفي (ب): "إذا عدم".

ولو افتتح صلاة الخوف[1] عند حضرة العدوّ، فلما صلى شطر الصلاة بطائفة[2] ذهب العدوّ، فانصرفت هذه الطائفة، وأقبلت الطائفة الواقفة، فسدت صلاة[3] من انصرف، لأنه انصراف بعد زوال العذر[4]، والانصراف من غير عذر مُفسد للصلاة[5].

وإن رأوا سَواداً، فظنّوه عدوّاً، فانصرفت طائفة في أوانه، ثم ظهر أنه لم يكن عدوا، القياس أن تفسد؛ لوجود الانصراف من غير عذر[6]، وفي الاستحسان: ما داموا

---

(٥) فإن الغاية من تشريع صلاة الخوف هو حرص الإسلام على أداء الصلاة جماعة، وحصول فضيلة الجماعة، حتى في أشدّ أوقات المحن والمخاطر، فإذا صلى كل طائفة بإمام مستقل تمام الصلاة، فهذا يُحقّق جميع المصالح المعتبرة، مع التجنّب عما ينافي طبيعة الصلاة من المجيء والذهاب والاستدبار عن جهة القبلة، وغيرها من العمل الكثير، فلا ضرورة، لأن الضرورة تتقدّر بقدرها.

(١) في بقيّة النسخ: "الصلاة" مكان "صلاة الخوف".

(٢) زاد في (ا) و(ب): "الطائفة".

(٣) ذكر ابن العلاء في «الفتاوى التاتارخانية»: لو حصل الأمن في وسط الصلاة بأن ذهب العدو، لايجوز أن يتمّوا صلاة الخوف، ولكن يصلون صلاة الأمن ما بقي من صلاتهم، ومن حوّل منهم وَجهه عن القبلة بعد ما انصرف العدو فسدت صلاته، ومن حوّل منهم وجهه قبل انصراف العدو لأجل الصلاة، ثم ذهب العدو، بنى على صلاته. ٢/ ١١١، وكذلك في «الفتاوى الهندية» عن «التاتارخانية» ١/ ١٥٦.

(٤) كذا في الأصل و (ا) و(ب) وفي (ج) و(د): "العدو" بدل "العذر"، وما ثبت أصح.

(٥) "للصلاة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٦) هذا متفرّع على ما سبق بيانه بأن حضور العدو أو معاينته من شروط جواز صلاة الخوف، وأطلق الإمام السرخسي والكاساني بعدم جواز الصلاة في هذه الصورة، يقول السرخسي: ولو

في مكان الصلاة لاتفسد؛ لأن هذا الانصراف بتأويل العذر، لا على قصد الرفض، فلا يكون مفسدا.

كمن ظن أنه أحدث، فانصرف، ثم علم أنه لم يحدث، وثمّة يتوقّف الفساد على الخروج من المسجد، أو مجاوزة الصفوف[1]، كذلك ههنا.

فإن كان هذا الانصراف في غير أوانه[2]، فسدت صلاتهم، خرجوا من المسجد أولا[3]، لأن الانصراف في غير أوانه مفسد عند العدو[4]، فعند عدمه أولى[5].

رأوا سوادا فظنوا أنه العدو، فصلوا صلاة الخوف، فإن تبين أنه سواد العدو، فقد ظهر أن سبب الترخص كان متقررا فتجزئهم، وان ظهر أن السواد سَواد إبل أو بقر أو غنم، فقد ظهر أن السبب لم يكن متقررا فلا تجزئهم. «المبسوط» ٢/ ٤٩، وقال الكاساني: إن شرط الجواز، الخوف من العدو، قال الله تعالى: "إن خِفتُم أن يَفتِنَكمُ الذين كَفَروا" ولم يوجد الشرط، إلا أن صلاة الإمام مقضية بالجواز لانعدام الذهاب والمجيء منه، بخلاف القوم، فلا يتحمل ذلك إلا لضرورة الخوف من العدو، ولم تتحقق. «بدائع الصنائع» ١/ ٢٤٥، وانظر «كتاب الأصل» ١/ ٤٠٢، و«الفتاوى التاتارخانية» ٢/ ١١٢.

(١) ذكر ابن الهمام ما يؤيّد كلام قاضي خان: فلو رأوا سَوادا ظنوه عدوا صلوها، فإن تبين كما ظنوا جازت، لتبين سبب الرخصة، وإن ظهر خلافه لم تجز، إلا ان ظهر بعد أن انصرفت الطائفة من نَوبتها في الصلاة قبل أن تتجاوز الصفوف، فإن لهم أن يبنوا استحسانا، كمن انصرف على ظن الحدث، يتوقف الفساد إذا ظهر أنه لم يحدث على مجاوَزَة الصفوف. «فتح القدير» ١/ ٤٤١.

(٢) زاد في الأصل هنا عبارة: "فإن كان قبل الفراغ من الشطر الأول"، ولاتوجد في النسخ الأخرى، ولعل سقوطه هو الصواب.

(٣) وفي (ا) و(ب): أم لا.

ولو صلى صلاة العيد بطائفتين يجوز؛ لوجود العلة، بل أولى؛ لأنها لا تؤدّى إلا بجماعة وسلطان.

وكذلك الجمعة[1] إلا أنه لا تجوز إقامتها إلا في مصر[2]، أو في فناء المصر[3]

---

(٤) قوله: "عند العدو" ساقط من النسخ الأخرى، وثبوته أصح.

(٥) قوله: "لأن الانصراف في غير أوانه مفسد فعند عدمه أولى" ساقط من (ا) و(ب).

وانظر المسألة في «كتاب الأصل» ١/ ٤٠٢.

(١) أنظر: «فتح القدير» ١/ ٤٤١، و«الفتاوى الهندية» ١/ ١٥٦، و«الفتاوى التاتارخانية» ٢/ ١١٤.

(٢) "المصر الجامع" شرط وجوب الجمعة، وشرط صحة أدائها عند الحنفية، واختلفت الأقاويل عنهم في تحديده، فذكر الكرخي أن المصر الجامع: ما أقيمت فيه الحدود ونفذت فيه الأحكام، وعن الإمام أبي يوسف: كل مصر فيه منبر وقاض ينفذ الأحكام ويقيم الحدود فهو مصر جامع، وهذا هو المشهور في المذهب، واختاره المرغيناني، قال ابن عابدين: والحد الصحيح مااختاره صاحب الهداية أنه الذي له أمير وقاض ينفذ الأحكام ويقيم الحدود، لكن المفتى به عند أكثر الحنفية أن "المصر": هو ما لايسع أكبر مساجدها أهلها المكلفين بالجمعة، كما صرّح به الحصكفي، أنظر: «بدائع الصنائع» ١/ ٢٥٩، «فتح القدير» ١/ ٤٠٩، «الدر المختار» و «ردّالمحتار» ١/ ٥٣٦.

(٣) تعريف "الفناء" كما استنبطه البابرتي من كلام صاحب الهداية: هو ما أعدّ لحوائج أهل المصر، وفناء الدار وفناء كل شيء كذلك. «العناية» ١/ ٤١٠، وقدّره الحصكفي في المختار للفتوى بفرسخ (٥٥٤٤ متر) وأجاد ابن عابدين في التعليق عليه فقال: إن بعض المحققين من أهل الترجيح أطلق الفناءَ عن تقديره بمسافة، وجملة أقوالهم في تقديره ثمانية أقوال، والتعريف أحسن من التحديد، لأنه لايوجد ذلك في كل مصر، وانما هو بحسب كِبر المصر وصغره،

متصلا به، لما عُرف في الأصل.

فإذا كبّر للافتتاح، وأتى بالثناء، يتعوذ، ثم يأتى بتكبيرات العيد عند أبي يوسف، وعند محمد يؤخر؛ لأن عنده التعوذ لأجل القراءة؛ لقوله تعالى: ﴿فإذا قرأتَ القرآنَ فاستَعِذْ بالله﴾[1] فيكون مؤخراً[2] عن التكبير، متصلا بالقراءة كالتسمية.

وعند أبي يوسف: التعوذ لصيانة الصلاة عن الوسوسة، وهو مأمور به، قال الله تعالى: ﴿وقُلْ ربّ أعوذُ بكَ من هَمَزاتِ الشياطين﴾[3] والمسألة مذكورة في "الأصل"[4] بتمامها[5].

فالقول بالتحديد بمسافة يخالف التعريف المتفق، بأنه: المعَدّ لمصالح المصر، فقد نصّ الأئمة على أن الفناءَ ما أعدّ لدفن الموتى وحوائج المصر، كركض الخيل والدواب وجمع العساكر والخروج للرمي. «ردّالمحتار» ١/ ٥٣٧.

(١) سورة النحل، الآية: ٩٨.

(٢) وفي (ج) و(د): "متأخرا".

(٣) سورة المؤمنون، الاية: ٩٧.

(٤) لم أجد المسألة في «كتاب الأصل» المطبوع منه، نعم ذكرها السرخسي في «المبسوط» ٢/ ٤٢، وهذا الخلاف مبني على أن التعوّذ سنة الافتتاح أو سنة القراءة، فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله التعوذ سنة القراءة، وعند أبي يوسف التعوذ سنة الافتتاح، يتفرع على هذا ثلاث مسائل، إحداها ما ذكره قاضي خان، والثانية والثالثة: ما ذكرها في الفقرتين التاليتين، راجع للتفصيل «بدائع الصنائع» ١/ ٢٠٢ و ٢٧٧.

(٥) "بتمامها" ساقط من النسخ الأخرى.

وعلى هذا المسبوق لا يتعوّذ حتى يقوم إلى قضاء ما سبق عند محمد[1].

والمقتدي لا يأتي بالتعوّذ عنده[2]، خلافًا لأبي يوسف، وقيل: قول أبي يوسف في هاتين المسألتين كقول محمد رحمهما الله.

ثم الإمام إن كان على مذهب ابن عباس[3] رضى الله عنهما، يُكبّر خمسًا في كل ركعة، ويقدّم التكبير على القراءة في كل ركعة، ويُتابعه الطائفة الأولى والثانية في ذلك، لأن المقتدى يتابع رأي الإمام، فإذا فرغ الإمام، تصلى الطائفة الأولى الركعةَ الثانية برأي الإمام، لأنهم لاحقون فيها، ثمّ الطائفة الثانية تصلى الركعة الأولى بقراءة، ويكبّرون فيها برأي أنفسهم، لأن المسبوق فيما يقضى، يعمل برأي نفسه.

فإن كان رأيهم رأي ابن عباس رضي الله عنهما، كبّروا خمسًا، ثم قرأوا، وإن كان رأيه رأي ابن مسعود[4] رضي الله عنه، يقرأ ثم يكبّر، كذا ذكر ههنا، وفي عامة

---

(١) أي المسبوق إذا شرع في صلاة الإمام، وسبّح، لايتعوذ في الحال، وإنما يتعوذ إذا قام إلى قضاء ما سبق به، لأن ذلك وقت القراءة. «بدائع الصنائع» ١/ ٢٠٣.

(٢) لأنه لا قراءة عليه، وعند أبي يوسف يتعوذ، لأنه يأتي بالثناء، فيأتي بما هو تبع له. المصدر السابق.

(٣) هو أبو العباس عبد الله ابن عباس بن عبد المطلب بن هاشم، رضي الله عنه، ابن عمّ النبي ﷺ، عرف بذكائه ووفرة علمه وفقهه، ولقّب بحبر الأمة، وكان النبي ﷺ دعا له فقال: «اللهم فقّهه في الدين وعلّمه التأويل»، توفي في سنة ٦٨هـ. انظر ترجمته في: «شذرات الذهب» ١/ ٧٥، «طبقات الفقهاء» للشيرازي ص ٤٨.

(٤) أبو عبد الرحمن عبد الله ابن مسعود الهذلي، رضي الله عنه، أسلم قديما، وهاجر الهجرتين، وشهد بدرا والغزوات بعدها ولازم النبي ﷺ وكان صاحب نعليه، وحدّث عن النبي ﷺ بالكثير.

الروايات، وذكر في بعض النوادر أنه يكبّر، ثم يقرأ[1].

قيل: ما ذكر في عامة الروايات قول محمد رحمه الله، وما ذكر في "النوادر" قولهما، بناءً على أنّ المسبوق عندهما يقضى أوّل الصلاة أوّلا[2]، وعند محمد آخر الصلاة.

ومن[3] عجز[4] عن النزول لخوف[5]، يصلي على الدابّة وحدانًا[6]، يُومِئون

قال الشعبي ماكان من أصحاب النبي ﷺ أفقه صاحبا من عبدالله بن مسعود، مات بالمدينة سنة ٣٢هـ. ترجمته في: أسد الغابة ت/ ٣١٨٢ الاستعاب ت/ ١٦٧٧ الاصابة ت/ ٤٩٧٠ السقات ت٣/ ٢٠٨ طبقات الشيرازي ت٤٢ سير أعلام النبلاء ١/ ٤٦١، تذكرة الحفاظ ١/ ١٣.

(١) جاء في «الفتاوى التاتارخانية»: وجاءت الطائفة الثانية يقضون الركعة الأولى بقراءة، لأنهم مسبوقون فيها، و يبدؤون بالقراءة ثم بالتكبير في روايات الزيادات، والجامع، والسير الكبير، وإحدى روايتي النوادر، وهو الاستحسان، وفي إحدى روايتي النوادر: يبدؤن بالتكبير، وهو القياس. ٢/ ١١٥. ويرجع لتفصيل ذلك «المبسوط» ٢/ ٤٠ و١٢٣.

(٢) "أولا" ساقط من (ا) و(ب).

(٣) وفي (ا) "متى" بدل "من".

(٤) وفي (ا): "ومن عَجزوا عن النزول لخوف، يصلون".

(٥) بأن لايدَعهم العدو أن يصلوا نازلين بل يهاجمونهم، ولذا قيّده في «البدائع» و«الهداية» باشتداد الخوف، وعلّق البابرتي عليه بقوله: فيه اشارة إلى أن اشتداد الخوف شرط جواز الصلاة ركبانا فرادى مومئين، لا شرط جواز صلاة الخوف، حتى لو ركب في غير حالة الاشتداد بطلت صلاته، لأنه عمل كثير لم يرد فيه نص، بخلاف المشي والذهاب فإنه و رد فيه النص. «العناية» ١/ ٤٤٥، «بدائع الصنائع»١/ ٢٤٥.

(٦) امتثالا لقوله تعالى: "فإن خِفتُم فَرِجَالا أو رُكبانا فإذا أمِنتُم فاذكروا اللهَ كما علّمكم" سورة

إيماءً، وهذا في خارج المصر، لأن التطوع على الدابة في خارج المصر حالة الاختيار جائز، فكذلك الفرض عند الضرورة، أمّا في المصر: لا يجوز التطوّع على الدابة حالة الاختيار في قول أبي حنيفة[1]، فكذلك الفرض عند الضرورة[2].

فإن صلوا على الدوابّ بجماعة، جازت صلاة الإمام، ومن كان معه على دابته[3]، ولا تجوز صلاة غيره إلا رواية عن محمد رحمه الله[4].

وجه ظاهر الرواية[5] أن اختلاف المكان يمنع الاقتداء، وقد اختلَف؛ لأن مكان كل واحد ظَهر دابته، وظَهر الدابتين مختلف، ولأن بين كلّ دابتين طائفة من الطريق، والطريق العام يمنع الاقتداء.

وجه رواية محمد: أن الانصراف عن القبلة لما جعل عفوًا لمكان الضرورة، فكذلك الطريق[6].

البقرة، الآية: ٢٣٩

(١) «كتاب الأصل» ١/ ٣٩٨.

(٢) أنظر «تبيين الحقائق» للزيلعي ١/ ٢٣٣.

(٣) إذا كان الرجل مع الإمام على دابة واحدة، يصح اقتداؤه به، لأنه ليس بينهما مانع. «المبسوط» ٢/ ٤٨. «بدائع الصنائع» ١/ ٢٤٥، «الفتاوى الهندية» ١/ ١٥٦.

(٤) روي عن الإمام محمد أنه جوّز لهم في الخوف أن يصلوا ركبانا بجماعة، وقال أستحسن ذلك، لينا لوا فضيلة الصلاة بالجماعة، وقد جوّزنا لهم ما هو أعظم من ذلك، وهو الذهاب والمجيء والانحراف عن القبلة لإحراز فضيلة الجماعة. «المبسوط» ٢/ ٤٨، «بدائع الصنائع» ١/ ٢٤٥.

(٥) أنظر «كتاب الأصل» ١/ ٣٩٩.

(٦) قال المرغيناني عن قول محمد: ليس بصحيح، لانعدام الاتحاد في المكان. و أجاب السرخسي

و يصلي على الدابّة حيث ما توجّهت به[1] دابته كما في التطوّع حالة الاختيار[2].

ولا يصلي وهو يمشي، أو يَسبَح، أو يقاتل، وإنما يصلي عند الكفّ عن هذه الأفعال[3]، لأن المشي والسّباحة والقتال بالمسايَفَة[4] عَمَلٌ كثير، لا تجوز الصلاة معها[5].

عما استدل به بقوله: ما أثبتناه من الرخصة، أثبتناه بالنص، ولا مدخل للرأي في إثبات الرخص. «المبسوط» ٢/ ٤٨، وانظر «فتح القدير» ١/ ٢٤٥، «تبيين الحقائق» للزيلعي ١/ ٢٣٣.

(١) "به" ساقط من (ا) و(ب).

(٢) يلاحظ على هذه العبارة أنها توهم تساوي الحكم في مسألتين، أي صلاة الفريضة على الدابّة بسبب الخوف، وصلاة التطوع عليها حالة الاختيار، لكن ليس الأمر كذلك، لأنه يجب في صلاة الفريضة على الدابة التوجّه إلى القبلة إذا قدر عليه، نصّ عليه في «الهداية» فقال: فإن اشتدّ الخوف صلوا ركبانا فرادى يؤمئون بالركوع والسجود إلى أيّ جهة شاؤا، إذا لم يقدروا على التوجه إلى القبلة. ١/ ٨٩، كما صرّح به الكاساني بقوله: ثم إن قدروا على استقبال القبلة، يلزمهم الاستقبال، وإلا فلا، بخلاف التطوع إذا صلاها على الدابة، حيث لايلزمه الاستقبال وإن قدر عليه، لأن حالة الفرض أضيق، ألا ترى أنه يجوز الإيماء في التطوع مع القدرة على النزول، ولايجوز ذلك في الفرض. «بدائع الصنائع» ١/ ٢٤٥.

(٣) كذا في الأصل، وسقطت العبارة: "وإنما يصلي عند الكفّ عن هذه الأفعال" من بقيّة النسخ، وثبوته أولى.

(٤) قال الزيلعي: ولو قاتلهم بعمل قليل كالرمية، لاتفسد صلاته. «تبيين الحقائق» ١/ ٢٣٣.

(٥) لأن إدخال عمل كثير ليس من أعمال الصلاة فيها مفسد في الأصل، فلا يترك هذا الأصل إلا في مورد النص. أنظر: «فتح القدير» ١/ ٤٤٤، «بدائع الصنائع» ١/ ٢٤٥، «تبيين الحقائق» =

فإن كانوا رجالة، فلما صلى الإمام بالطائفة الأولى ركعتين، ركبت الطائفة الأولى[1] دوابهم، وانصرفوا، ووقفوا بإزاء العدو[2]، فسدت صلاتهم، بخلاف ما إذا مشوا إلى العدو[3]، لأن الشرع [قد][4] ورد بالمشي دون الركوب[5].

= للزيلعي ١/ ٢٣٣.

(١) "الطائفة الأولى" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) قوله: "ووقفوا بإزاء العدو" ساقط من (ا).

(٣) "بخلاف ما إذا مشوا إلى العدو" ساقط من (ا) و(ب).

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

(٥) ذكر الكاساني من شرائط الجواز: أن ينصرف ماشيا، ولايركب عند انصرافه إلى وجه العدو، سواء كان انصرافه من القبلة إلى العدو، أو من العدو إلى القبلة، لأن الركوب عمل كثير، وهو مما لا يحتاج إليه، بخلاف المشي، فإنه أمر لابدّ منه حتى يصطفوا بإزاء العدو، وكذا أخذ السلاح أمر لابد منه لإرهاب العدو، والاستعداد للدفع، ، ولأنهم لو غفلوا عن أسلحتهم يميلون عليهم ميلة، والأصل: أن الإتيان بعمل كثير ليس من أعمال الصلاة فيها لأجل الضرورة، فيختص بمحل الضرورة. «بدائع الصنائع» ١/ ٢٤٥.

باب من الصلاة التي يكون فيها العُذران

بنى البابَ على أن المبتلَى بين الشرّين[1] يَختار أهْوَنَهما[2]؛ لأن مباشَرة الحرام

(١) وفي (ا) "البليتين"، شاع عند بعض الفقهاء هذا التعبير: "من ابتلي بين بليتين أو بين شرين" «تبيين الحقائق» للزيلعي ١/ ٩٨، والأولى في التعبير أن يقال: "من خيّر بين بليتين، أو ابتلي بإحدى بليتين غير عين" لأن من ابتلي بهما لايسلم منهما، فكيف يختار أهونهما، نبّه إليه الشيخ الشلبي في حاشيته على «تبيين الحقائق» ١/ ٩٨.

(٢) «يُختار أهونُ الشرّين» المجلة، مادة: ١٩، «إذا تعارضَ مَفسدَتان، روعِي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفّهما» مادة: ٢٨، الأشباه لابن نجيم ص٩٨، «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف» مادة: ٢٧، هذه القواعد الثلاث، مختلفة الألفاظ، متحدة المعنى منبثقة من القاعدة الفقهية المشهورة: «جلب المصالح ودَرء المفاسد»، «القواعد الفقهية» ص ٣١٣.

ويقول الإمام عزّ الدين بن عبد السلام: "إذا اجتمعت مصالح ومفاسد، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك، امتثالا لأمر الله تعالى فيها لقوله سبحانه وتعالى: "فاتقوا الله ما استطعتم". وإن تعذّر الدرء والتحصيل، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة، درأنا المفسدة، ولانبالي بفوات المصلحة". «قواعد الأحكام في مصالح الأنام» ٢/ ١٦٠، وقال الزيلعي في باب شروط الصلاة: الأصل في جنس هذه المسائل: أن من ابتلي ببليتين وهما متساويتان، يأخذ بأيتهما شاء، وإن اختلفا، يختار أهونهما، لأن مباشرة الحرام لاتجوز إلا للضرورة، ولا ضرورة في حق الزيادة. «تبيين الحقائق» ١/ ٩٨.

ويمكن الاستيناس في تقرير هذه القواعد بقوله تعالى: "يسألونك عن الشهر الحرام قتالٍ فيه قُلْ قتالٌ فيه كبير وَصدٌّ عن سبيلِ الله وكُفْرٌ به والمسجدِ الحرام وإخراجُ أهله منه أكبرُ عند الله والفتنة

لا تُباح إلا لضرورة، ولا ضرورة في الزيادة[1].

قال محمد رحمه الله:

رجل بِحَلقه جَراح[2] لايَقدر على السّجود[3]، ويَقدر على غيرها[4] من

أكبرُ منَ القتل" (البقرة: ٢١٧). كما نجد في الحديث النبوي توجيه إلى مثل هذه القاعدة: روي عن عائشة رضي الله عنها، قالت: «ما خُيّرَ رسولُ الله ﷺ بين أمرين، أحدُهُمَا أيسَرُ من الأخر، إلا اختارَ أيسَرَهُما، ما لم يكن إثماً، فإن كان إثما، كان أبعدَ الناسِ منه» أخرجه مسلم في الفضائل: ٦٠٠٢ و٥٩٩٩، والبخاري في المناقب: ٣٥٦٠ وفي الأدب: ٦١٢٦، وأبوداود في الأدب: ٤٧٨٥.

(١) أي لا ضرورة في ارتكاب الزيادة، بناء على مبدء عام وقاعدة ثابتة: «ما أبيح للضرورة يتقدّر بقدرها» مجلّة الأحكام العدلية، مادة: ٢٢ أو «الضرورات تقدّر بقدرها» «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ٨٦، والسيوطي ص٨٤، فما جاز للضرورة، يجوز إجرائه بالقدر الكافي لإزالة تلك الضرورة فقط، ولا يجوز استباحته أكثر مما تزول به الضرورة، والمراد بالضرورة هنا ما يرفع المؤاخذة، أي الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعا. انظر «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» لعلي حيدر ١/ ٣٤.

وهذه القاعدة مسترحاة من قوله تعالى: "فَمَنِ اضطُرَّ غيرَ باغٍ ولاعادٍ فلا اثمَ عليه" البقرة: ١٧٣، "ولاعاد" أي غير متجاوز مقدار الضرورة.

(٢) كذا في الأصل و(ب) وفي (ج) و(د) "جراحة".

(٣) أي لايقدر على السجود أصلا بسبب جرح أو خوف أو مرض فالكل سواء، فإذا كان الرجل في جبهته جرح لايستطيع السجود عليه، لم يجزه الإيماء، وعليه أن يسجد على أنفه فقط، وكذا لوكان الجرح بأنفه وهو يستطيع أن يسجد على جبهته، لايومئ، ويسجد على جبهته فقط. أنظر «كتاب الأصل» ١/ ٢٢٢، و«البحر الرائق» ١/ ١٢٢.

الأفعال، فإنه يصلي قاعداً بإيماء[1]، لأن القيام والركوع شرعا وسيلة إلى السجود، لأن معنى القربة في الخرور، و"الخرور" سُقوط من القيام[2]، فكان القيام وسيلة إلى السجود، ولهذا شرع السجود قربة خارج الصلاة[3]، دون القيام والركوع.

فإذا سَقط السجود لمكان العَجز، سقط الوسيلة والتبعُ تحقيقا للتبعيّة[4].

---

(٤) وفي (ج) و(د) "غيره".

(١) وفي (ا) "بالإيماء"، والإيماء لغة: الإشارة، "أومأت إليه" إيماءً، أشرت إليه بحاجب أو يد أو غير ذلك. «المصباح المنير» ص ٦٧٣. وحقيقة الإيماء: طأطأة الرأس، وروي مجرد تحريكها، انظر: «ردّالمحتار» لابن عابدين ١/ ٥٠٩، وقال علاء الدين السمرقندي: إذا عجز عن الإيماء وهو تحريك الرأس سقط عنه أداء الصلاة عندنا. «تحفة الفقهاء» ١/ ١٩٢، فإن لم يستطع الإيماء برأسه أخرت الصلاة عنه، ولايؤمئ بعينه ولا بقلبه ولا بحاجبيه، وحكى ابن الهمام عن محمد رحمه الله قال: "لا أشك أن الإيماء برأسه يجزئه، ولا أشك أنه بقلبه لا يجزئه، وأشك فيه بالعين". «فتح القدير» ١/ ٣٧٦.

وقوله: "يصلي قاعدا بإيماء" أي جوازا، لا وجوبا، فلوقام وقرأ وركع، ثم قعد وأومأ للسجود، يجزيه، كما صرّح به الشارح في المسألة التالية.

(٢) "خرّ": سَقَط سقوطا يسمع منه خَريرٌ، والخرير يقال لصوت الماء والريح وغير ذلك مما يسقط من عُلوّ، وقوله تعالى: "خرّوا له سُجّدا" فاستعمال "الخر" تنبيه على اجتماع أمرين: السقوط، وحصول الصوت منهم بالتسبيح. «مفردات ألفاظ القرآن» للراغب الأصفهاني، ص ١٤٥، «المصباح المنير» مادة: خرّ، ص ١٦٦.

(٣) مثل سجدة التلاوة، وسجدة الشكر.

(٤) نقل ابن نجيم عن البدائع أن الركوع يسقط عمن يسقط عنه السجود وإن كان قادرا على الركوع. «البحر الرائق» ٢/ ١٢٢.

وكذا لو كان بحال لو سجد سال جُرحه، وإن لم يسجد لا يسيل لأن ترك السجود أهون من الصلاة مع الحدث[1]، فإن الصّلاة بالإيماء حالة الاختيار جائزة، وهو التطوع على الدابّة، والصلاة[2] مع الحدَث لا تجوز بحال ما[3].

فإن قام وقرأ وركع ثم قعد وأومأ للسجود[4]، جاز، والأول أولى[5] لما قلنا.

---

(١) والضابط في هذا ما ذكره الإمام قاضي خان في فتاواه: "كل من لايقدر على أداء ركن إلا بحدث يسقط عنه ذلك الركن"، «فتاوى قاضي خان» ١/ ١٧٢، وانظر «الفتاوى التاتارخانية» ٢/ ١٣١.

(٢) "الصلاة" ساقط من النسخ الأخرى، وثبوته أولى كما في الأصل.

(٣) انظر: «تبيين الحقائق» للزيلعي ١/ ٩٨، و«الأشباه والنظائر» لابن نجيم، ص ٩٨.

(٤) وفي(ا) و(ب) "بالسجود".

(٥) مَن قدر على القيام وعجز عن الركوع والسجود أو عن السجود فقط يسقط عنه القيام في المذهب عند الحنفية، كما في هاتين المسألتين، ونصّ المرغيناني والزيلعي وابن عابدين على أن الصورة الأولى أفضل له، وعللوا بأن ركنية القيام للتوسل به إلى السجدة لما فيها من نهاية التعظيم، فإذا كان لايتعقبه السجود لايكون ركنا، فيتخير، والأفضل هو الإيماء قاعدا، «الهداية» ١/ ٧٧، «تبيين الحقائق» للزيلعي ١/ ٩٨، وذكر ابن عابدين أن ما عنده من كتب المذهب، فتاوى وشروح، كلهم متفقون على التعليل بأن القيام سقط لأنه وسيلة إلى السجود، وأن هذه المسألة من المسائل التي سقط فيها وجوب القيام مع انتفاء العجز الحقيقي والحكمي. «ردّالمحتار» ١/ ٥٠٩ ومثله في «منحة الخالق على البحر الرائق» لابن عابدين، مطبوع على هامش البحر الرائق ٢/ ١٢٦.

وعند الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد لم يسقط عنه القيام، يصلي قائما فيومئ للركوع، ثم يجلس فيومئ بالسجدة. راجع المدونة الكبرى ١/ ٧٦، وكتاب الأم ١/ ٦٩، والمغني لابن

وكذا شيخ، لو صلى قائما سلَس بوله، أو سال جرحه، أو لايقدر على القراءة، ولو صلى قاعدًا، لم يُصبه شيء من ذلك، فإنه يصلي قاعدًا، يركع، ويسجد) لأنه ابتُلي

قدامة ١/ ٧٨٢، وهذا ما قاله عدد من الفقهاء الحنفية، منهم الإمام زفر كما في «بدائع الصنائع» ١/ ١٠٧، والإمام خواهر زاده محمد بن محمود بن عبد الكريم الكَردري، كما في «فتح القدير» ١/ ٣٧٧، وهذا ما اختاره صاحب «النهر الفائق شرح كنز الدقائق» عمر بن ابراهيم أخ العلامة ابن نجيم، فقال: "يفرض عليه أن يقوم للقراءة، فإذا جاء أوان الركوع والسجود أومأ قاعدا" نقل عنه في «ردّالمحتار» ١/ ٥٠٩، والذي ذكره في «النهر» أقرّه عليه الطحطاوي في حاشيته على «مراقي الفلاح» ص ٢٥٢، ويميل إليه ابن الهمام، فتعقّب على ما قاله المرغيناني بقوله: "هذا مبنيّ على صحة المقدمة القائلة: ركنية القيام ليس إلا للتوسل إلى السجود، وقد أثبتها بقوله: لما فيها من زيادة التعظيم، أي السجدة علي وجه الانحطاط من القيام، فيها نهاية التعظيم وهو المطلوب، فكان طلب القيام لتحقيقه، فإذا سقط سقط ما وجب له، وقد يمنع أن شرعيته لهذا على وجه الحصر، بل له ولما فيه نفسه من التعظيم كما يشاهد في الشاهد من اعتباره كذلك، حتى يحبّه أهل التجبر لذلك، فاذا فات أحد التعظمين صار مطلوبا بما فيه نفسه، ويدل على نفي هذه الدعوى أن من قدر على القعود والركوع والسجود لا القيام، وجب عليه القعود مع أنه ليس في السجود عقيبه تلك النها ية لعدم مسبو قيته بالقيام" «فتح القدير» ١/ ٣٧٧.

وما قاله صاحب «النهر» هو الأولى والأحوط عندي من وجوب القيام لمن قدر عليه، لأن القيام والركوع ركن من أركان الصلاة، وأمره عظيم، والتعليلات العقلية لاتبرّر لسقوطه مع القدرة عليه، وظاهر حديث عمران بن حصين: «صلّ قائما فإن لم تستطع فقاعدا» (أبوداود ٩٥٢، الترمذي٣٧٢، النسائي ١٢٢٣) مؤيد له، والعجز عن إتيان بعض أركان الصلاة لايقتضي سقوط سائرها، فإن الميسور لايسقط بالمعسور، والضرورة تتقدر بقدرها، كما تجدر الإشارة هنا بأن الإمام قاضي خان تبنّى في ثنايا هذا الباب قاعدة أخرى تتفرّع من قاعدة الباب وهي: "ترك فريضة واحدة أهون من ترك الفرائض"، ص٣٤٣، فهذه القاعدة أيضا تؤيّد ما قلناه آنفا.

بين ترك القيام، وبين الصلاة مع الحدث أو بدون القراءة، وترك القيام أهون، فإنه يجوز حالة الاختيار، وهو التطوع[1] على الدابة[2]، وترك القراءة لايجوز إلا لعذر[3]، وكذا الصلاة مع الحدث.

ولو كان[4] لو سجد، سال[5] جرحه، أو سلَسَ بوله، ترك السجود أيضًا، لما قلنا، ويصلي بالإيماء، ويجعل السجودَ أخفض من الركوع[6].

---

(١) وهو "التطوع" ساقط من (ب).

(٢) "على الدابة" ساقط من بقيّة النسخ.

(٣) وفي (ب) "إلا بعذر"، ومثاله أن المصلي لوكان به وجع السن بحيث لايطيقه إلا بإمساك الماء أو الدواء في فمه، وضاق الوقت، فإنه يقتدي بإمام، وإن لم يجد يصلي بغير قراءة ويعذر. ذكره الشيخ الشلبي نقلا عن صاحب القنية والدراية في باب صلاة المريض، انظر حاشية الشلبي على «تبيين الحقائق» ١/ ٩٨.

(٤) وفي (ب) "وإن كان".

(٥) وفي (ب) "يسيل".

(٦) فيه إشارة إلى أنه يكفيه أدنى الانحناء الزائد عن انحناء الركوع للتمييز بينهما، وأنه لايلزمه تقريب جبهته من الأرض بأقصى ما يمكنه. «ردّالمحتار» ١/ ٥٠٩، «فتح القدير» ١/ ٣٧٥، وأنه يلزمه جعل السجود أخفض من الركوع، حتى لو سوّاهما للايصحّ. «البحر الرائق» لابن نجيم ٢/ ١٢٢.

وجعل الإيماء بالسجود أخفض من الركوع يستند إلى مارواه البزار في مسنده، كما في نصب الراية ٢/ ١٧٥ والبيهقي ٢/ ٣٠٦ كلاهما من حديث جابر " أن النبي صلى الله عليه وسلم عاد مريضا، فرآه يصلي على وسادة، فأخذها فرمى بها، فأخذ عُودا ليصلي عليه، فأخذه فرمى به، وقال: «صلّ على الأرض إن استطعت، وإلا فأوم إيماءً، واجعل سجودك أخفضَ من ركوعك»

فإن صلى في هذين الفصلين بركوع وسجود مع سيلان الدم، لايجوز ، لأنه ترك الصلاة بطهارة مع القدرة عليها.

وإن كان لو صلى قائما[1] أو قاعدا، سال جرحه، وإن استلقى على قَفاه لا يسيل، فإنه يقوم، ويركع، ويسجد) لأن الصلاة مع الحدث كما لا تجوز إلا لضرورة، فمع الاستلقاء[2] أيضا لا تجوز إلا لضرورة[3]، فاستويا، فترجّح الأداء مع الحدَث، لما فيه من إحراز الأركان[4].

المحبوس في السجن في المصر، إذا كان على وضوء، فلم يجد مكانا نظيفا، فإنه يصلي بالإيماء، ثم يعيد إذا خرج، والقياس أن لا يعيد، وهو قول أبي يوسف وزفر رحمهما الله.

وكذا إذا لم يكن على وضوء، ولم يجد ماء، ووجد ترابا نظيفا، فإنه[5] يصلي بالتيمّم[6]، ثم يعيد، وفي القياس لايعيد، وهو قول أبي يوسف وزفر رحمهما الله.

وقال ابن حجر في الدراية ١/ ٢٠٩: رواة البيهقي ثقات، وقال الزيلعي: ورواه أبو يعلى عن عطاء عن جابر مرفوعا به. ٢/١٧٥.

(١) وفي (ا): "ولو كان لو صلى بإيماء".

(٢) الاستلقاء: أن يلقي على ظهره، و يجعل رجلاه إلى القبلة و تحت رأسه مخدّة ليرتفع فيصير شبه القاعد، ويصير وجهه إلى القبلة لا إلى السماء. «تبيين الحقائق» ١/ ٢٠١.

(٣) وفي بقيّة النسخ: "فكذا مع الاستلقاء"، بسقوط عبارة: "أيضا لا تجوز إلا لضرورة".

(٤) أي أداء أركان الصلاة بتمامها من القيام والركوع والسجود.

(٥) "فإنه" ساقط من (ب).

(٦) عدم الماء في المصر إنما لايعتبر لأنه لايكون إلا نادرا، فأما في السجن فعدم الماء ليس بنادر،

أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله فرّقا بين هذين الفصلين، وبين المسافر إذا صلى على الدابة بالإيماء لخوف سبع، أو لصّ، أو طين، أو مرض، أو تيمّم لخوف سبع، أو لعذر آخر، فإنه لا يعيد، والفرق أنّ المنع ههنا جاء، لا من قبل من له الحق، فلايعتبر، وثمّة العذر[1] جاء من قبل مَن له الحق، وتمامه في كتاب الصلاة[2].

فإن كان المحبوس على غير وضوء، فلم يجد ماءً، ولا ترابا نظيفا[3]، فإنه لايصلي، وكذلك المسافر إذا لم يجد ماء، ولا ترابا نظيفا لا يصلي[4].

وقال أبو يوسف رحمه الله[5]: يصلي بالإيماء ثمّ يعيد، لأنه إن عجز عن التحقيق، لم يَعجِز عن التشبّه، فيأتي بالتشبّه، إظهاراً للعبودية، كمن عجز عن الصوم يتشبّه[6].

فكان معتبرا، فأمر بالصلاة بالتيمم لعجزه عن الماء. «المبسوط» ١/ ١٢٣

(١) "العذر" ساقط من في بقيّة النسخ.

(٢) أنظر «كتاب الأصل» ١/ ١٢٥، فالأمر بالإعادة أخذ بالاستحسان، لأن عدم الماء كان لمعنى من العباد، ووجوب الصلاة عليه بالطهارة لحق الله تعالى فلايسقط بما هو من عمل العباد، بخلاف المسافر، فإن هناك جواز التيمم لعدم الماء لا للحبس، فلاصنع للعباد فيه، فهو نظير المقيد إذا صلى قاعدا تلزمه الإعادة إذا رفع عنه القيد. «المبسوط» ١/ ١٢٣.

(٣) هذه مسئلة فاقد الطهورين، أي الذي يفقد الماء والتراب، كأن حبس في مكان ليس فيه واحد منهما، أو في موضع نجس لايمكنه إخراج تراب مطهر.

(٤) من قوله: " إذا لم يجد ماء" سقطت العبارة كلها في (ا) و(ب).

(٥) زاد في (ا) "إنه".

(٦) ذكر السرخسي أنه اختلفت الروايات عن محمد رحمه الله، فذكر في «الزيادات» ونُسَخ أبي حفص من «الأصل» كقول أبي حنيفة رحمه الله، وفي نُسَخ أبي سليمان ذكر قوله كقول أبي

هما يقولان: بأن الصلاة بغير طهارة معصية، والعجز عن الطاعة لايُبيح المعصية[1]، بخلاف الإمساك في بعض اليوم.

العاري في السفر إذا لم يجد ثوبا، فإنه يصلي قاعداً بالإيماء، لأنه ابتلي بين الإيماء، وبين كشف العورة، وكشف العورة أغلظ، لأن الصلاة بالإيماء حالة الاختيار جائزة، وهو التطوع على الدابة، ومع كشف العورة لاتجوز إلاّ لضرورة، فكان تَحمّل الإيماء أولى.

ولو كانوا جماعة، يصلون وحدانا بالإيماء، فإن صلوا جماعة يكون الإمام وسطهم، لما عُرف في كتاب الصلاة[2].

ولو وجد ثوبًا مملوأ من الدم[3]، يتخيّر عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله،

يوسف رحمه الله. «المبسوط» ١/ ١٢٣، والراجح أن قوله مثل قول أبي يوسف في هذه المسألة، بأنه يتشبّه بالمصلين وجوبا، وهو المفتى به في المذهب، صرّح به الحصكفي، وذكر أنه صحّ رجوع الإمام إليه، راجع «ردّالمحتار» ١/ ١٦٨.

ويمكن أن يكون الدليل على وجوب هذا التشبّه ما أخرجه الشيخان والإمام أحمد عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم» «نيل الأوطار» ١/ ٢٥٢، فلا يجوز للمسلم العاقل أن يمضي عليه وقت الصلاة وهو لايتشبّه بالمصلين فيه قدر الإمكان، والتكليف إنما يثبت بحسب الطاقة.

(١) وفي (ا) و(ب): و بالعجز عن الطاعة لا تصح المعصية.

(٢) أنظر «كتاب الأصل» باب صلاة العريان، ١/ ١٩٣، وفيه أن الأفضل لهم أن يصلو قعودا وحدانا يومئون إيماء، ويجعلون السجود أخفض من الركوع.

(٣) يعني به أن النجاسة زادت عن ثلاثة أرباع الثوب، فلو وجد ثوبا ربعه طاهر، لم يجزه الصلاة عريانا، لأن ربع الشيئ يقوم مقام كله، (كما سيأتي في ص ١٠٤) فصار كما لوكان كله طاهرا، ويخيّر إذا كان الطاهر أقل من الربع. يرجع «تبيين الحقائق» للزيلعي ١/ ٩٧، و«كتاب الأصل»

إن شاء صلى في الثوب النجس[1] بركوع وسجود، وإن شاء صلى عاريًا بالإيماء[2].

وقال محمد رحمه الله: يصلي في الثوب النجس[3] بركوع وسجود، لا يجوز له إلا ذلك؛ لأنه ابتلي بين ترك فريضة واحدة، وهو ترك[4] طهارة الثوب، وبين ترك الفرائض، وترك فريضة واحدة أهون[5].

ولأن حكم العورة أشدّ، فإن من العلماء من جوّز الصلاة في الثوب النجس، وهو عطاء[6] رحمه الله، كالطواف يجوز[7] في الثوب النجس، وإن كان الطواف صلاة

١/ ١٩٣، و«فتح القدير» ١/ ١٨٢.

(١) "النجس" ساقط من (ا) و(ب).

(٢) نص المرغيناني والزيلعي على أن الصلاة في الثوب النجس أفضل من الصلاة عريانا، لما فيه من الإتيان بالركوع والسجود وستر العورة. راجع للتفصيل «فتح القدير»، ١/ ١٨٤، و «تبيين الحقائق» للزيلعي ١/ ٩٧.

(٣) "النجس" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) "ترك" ساقط من (ب).

(٥) يوجّه لقوله بأن خطاب التطهر سقط عنه لعجزه، ولم يسقط عنه خطاب الستر لقدرته عليه، فصار بمنزلة الطاهر، لكن يرد هذا بأن المأمور به هو الستر بالطاهر فإذا لم يقدر عليه سقط، فيميل إلى أيهما شاء. «تبيين الحقائق» للزيلعي ١/ ٩٨.

(٦) هو عطاء بن حمزة السُغدي، كان فاضلا عارفا بالمذهب، متبحرا إماما في الفروع والأصول، ترد الفتاوى عليه من أقطار الأرض، أخذ عنه جماعة، منهم نجم الدين عمر النسفي.
ترجمته في: «الطبقات السنية» برقم ١٤٣١، و«كتائب أعلام الأخيار» برقم ٢٨٨، و«الجواهر المضية» برقم ٩٣٧، و«الفوائد البهية» ص ١١٦.

بالحديث[1]، وأحد لم يجوّز الصلاة مع انكشاف العورة، كما لا يجوز الطواف.

وهما يقولان: كل واحد منهما مانع حالة الاختيار، فاستويا، فيتخيّره[2]، ولانقول[3]: إن في الإيماء ترك الفرائض، بل فيه تحصيل الأركان[4]، لكن[5] بضرب قصور مع احتراز[6] الطهارة، وفي ذلك تحصيل الأركان مع استعمال النجاسة، وذلك ضرب قصور أيضًا، فاستويا.

ولو كان معه[7] ثوبان، نجاسة أحدهما أكثر من قدر الدرهم، ونجاسة الآخر أقلّ، يصلي في أقلّهما نجاسة؛ لأنه طاهر في حق الصلاة، وإن كان نجاسة كل واحد منهما أكثر

---

(٧) كذا في الأصل، و"يجوز" ساقط من النسخ الأخرى، وثبوته أولى.

(١) أي ثبت بالحديث أن الطواف في حكم الصلاة، وهذه إشارة إلى ما رواه النسائي عن طاوس، عن رجل ادرك النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الطواف بالبيت صلاة فأقلّوا من الكلام» أخرجه النسائي وانفرد به، رقم الحديث ٢٩٢٢، كتاب المناسك، باب إباحة الكلام في الطواف. كما روى النسائي في الباب رواية أخرى عن طاوس قال قال عبد الله بن عمر: «أقلّوا الكلام في الطواف فإنما انتم في الصلاة» الحديث ٢٩٢٣. وأخرج ابن أبي شيبة عن ابن عباس موقوفا الحديث بلفظ: «الطواف بالبيت صلاة» مصنف ابن أبي شيبة ٤/ ١٠١.

(٢) وفي (ا) و(ب) فيتخير".

(٣) وفي (ا) ولا يقال.

(٤) لقيام البدل مقام الأصل.

(٥) "لكن" ساقط من (ب).

(٦) وفي (ا) و(ب) "إحراز" وهو خطأ.

(٧) سقطت العبارة في (ب) من قوله وفي ذلك تحصيل الأركان إلى قوله: ولو كان معه.

من قدر الدرهم، يتخيّر لاستواءهما في المنع، والمستحبّ: الصلاة في أقلهما نجاسة؛ لأن ذاك[1] أقرب إلى الأدب.

ولو كان دم أحدهما قدر الرّبع، ودم الآخر أقل، يصلي في أقلهما دمًا، لايجزيه إلا ذلك، لأن الربع له حكم الكل[2].

ولو كان في كل واحد منهما قدر الربع، وفي أحدهما أكثر، لكن لايبلغ ثلاثة أرباع الثوب، صلى في أيّهما شاء؛ لاستواءهما في الحكم، والأفضل الصلاة في أقلهما نجاسة[3]، لما قلنا.

ولو كان رُبع أحدهما طاهرا، والآخر مملوأ دماً، يصلي في الذي ربعه طاهر؛ لأنه أهون، الا ترى أن العارى، لو[4] وجد ثوبا رُبعه طاهر، فصلى عاريا، لايجوز.

ولو وجد ثوبا مملوأ من الدم، أو الطاهر منه دون الرُّبع، يتخيّر عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله[5]، إن شاء صلى فيه، وإن شاء صلى عريانا[6].

ولو كان طرف أحدهما طاهرا، يمكنه أن يتّزر به، فإنه يتّزر به، ويصلي، لايُجزيه إلا ذلك.

---

(١) "ذاك" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) يرجع «فتح القدير» ١/ ١٨٤، و «تبيين الحقائق» للزيلعي ١/ ٩٧.

(٣) أنظر «الأشباه والنظائر» ص ٩٨.

(٤) وفي (ا) و(ب) "إذا" مكان "لو".

(٥) كذا في الأصل و (ج)، وجاءت العبارة في (ا) و(ب) كما تلى: ولو وجد ثوبا أقل من ربعه طاهر، إن شاء صلى فيه، و إن شاء صلى عريانا.

(٦) قد سبق ذكره مفصلا في ص ٢٤٢.

أما إذا كان لايتحرك الطرف الآخر فلا يشكل، وأمّا إذا كان يتحرك، وهو المراد [من المذكور في] الكتاب[1]، فلأنه صلى[2] في الثوب الطاهر، وهو حامل النجاسة، ولو صلى في [الثوب] الآخر[3] كان مستعملا للنجاسة، وفي الاستعمال حمل وزيادة، فكان ما قلناه أهون[4].

امرأة خرجت من البحر عريانة، ومعها ثوب، لو صلّت فيه قائمة، ينكشف شيئ من فخذها ومن ساقها مايمنع الجواز[5]، ولو صلت قاعدة لاينكشف، فإنها تصلى قاعدة، لما ذكرنا أن ترك القيام أهون، وكذا لو انكشف الساق وحدها.

ولوصلت قائمة لاينكشف منها شيئ، أو ينكشف شيئ يسير، أقلّ من رُبع الساق، تصلى قائمة؛ لأنه لاعذر لها في ترك القيام، ودلت هذه المسألة على أن القدم[6] ليس بعورة.

ولو كان الثوب يغطّى جسدَها، وربعَ رأسها، فتركت تغطية الرأس،

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، ففيه: "وهو المراد بالكتاب"، أي المتن، وهو «الزيادات».

(٢) وفي (ا) و(ب) "يصلى".

(٣) كذا في (ا) و(ب)، وكلمة "الثوب" ساقط من الأصل.

(٤) ينبغي الاعتبار أن هذا حكم من خُيّر بين ثوبين أحدهما نجس كله، والثاني في طرفه نجاسة، لكن يختلف الحكم في الظروف العادية، قال قاضي خان في فتاواه: "إذا صلى في ثوب وطرفه طاهر، وطرف منه نجس فلبس الطرف الطاهر وألقى الطرف النجس على الأرض، إن كان ما على الأرض يتحرك بتحركه، لا تجوز صلاته". «فتاوى قاضي خان» ١/ ٢٣.

(٥) وزاد في (ا) و(ب) "جواز الصلاة".

(٦) وفي (ب) "قدمها".

لا تجوز صلاتها؛ لأنها تركت التغطية مع الإمكان.

ولو كان يغطّى أقل من ربع، لا يضرّها ترك التغطية، لأن ما دون الربع لا يُعطى له حكم الكل، والستر أولى تقليلا للانكشاف.

وكذا لو[1] انكشف ربع ساقها، تصلى قاعدة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، لما عُرِف.

ولو انكشف من ساقها أقل من الربع، ولو جمع يكون ربع ساقٍ واحد، تصلى قاعدة، لأن ما هو عَورة من أعضاءها، كلها في حكم الانكشاف كعضو واحد.

قال رحمه الله[2]: ألا ترى أنه لو انكشف من عورتها شيئ، ومن بطنها شيئ، ومن ظهرها شيئ، ومن فخذها شيئ، ومن ساقها شيئ، وهي تَقدر على التغطية، فتركت، لا تجوز صلاتها إذا كان لو جُمِع، يكون مثل ربع ساقها[3] أو عورتَها[4].

بيّن بهذا أن جميع الأعضاء في حكم الانكشاف كعضو واحد، والمسألة بهذا الوضع دليل على التسوية بين العورة الغليظة والخفيفة في اعتبار الربع.

ومن الناس من قال: في [العورة][5] الغليظة يعتبر قدر الدرهم، وفي الخفيفة

---

(١) وفي (ب) إذا.

(٢) "قال رحمه الله" ساقط من (ب).

(٣) وفي (ا) و(ب): "يكون ربع شعرها أوساقها".

(٤) يرجع «تبيين الحقائق» للزيلعي ١/ ٩٧، فقد بين المسألة محيلا إلى الزيادات.

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبت من النسخ الأخرى.

الربع؛ إظهارا للتفاوت بينهما، كما في النجاسة الغليظة والخفيفة[1]، وإليه مال الكرخي[2] رحمه الله، وهذا غلط، لأنه يؤدي إلى أن انكشاف جميع العورة[3] الغليظة أو أكثرها لايمنع، وانكشاف بعض[4] الخفيفة يمنع.

-والله أعلم-

---

(١) "الغليظة والخفيفة" ساقط من (ا) و(ب).

(٢) هو عبيد الله بن الحسين بن دلال، الشهير بأبي الحسن الكرخي، من أهل "كَرخ"، قرية بنواحي العراق، أخذ الفقه عن أبي سعيد البردعي، وانتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق بعد أبي خازم، تفقّه على يديه أبو علي الشاشي صاحب «أصول الشاشي»، وأبوبكر الرازي الجصاص، وأبو الحسن القدوري، و علي التنوخي، وأبو عبد الله الدامغاني، وانتشر تلاميذه في كل مكان، وممن روى عنه الإمام أبوحفص بن شاهين، وكان مع غزارة علمه عظيم العبادة، صبورا على الفقر، قانعا متعففا، من آثاره: «شرح الجامع الكبير» و«شرح الجامع الصغير» للإمام محمد، ورسالة موجزة «أصول الكرخي» التي تعدّ من أول مصادر القواعد الفقهية، مولده سنة ستين ومائتين، وتوفي ليلة النصف من شعبان سنة أربعين وثلاثمائة.

ترجمته في: الأنساب للسمعاني ١٠/ ٣٩٠، معجم البلدان ٤/ ٢٥٦، تذكرة الحفاظ ٣/ ٨٥٥، طبقات الفقهاء للشيرازي ١٤٢، تاج التراجم ٣٩، الطبقات السنية برقم ١٣٦٥، الجواهر المضية برقم ٨٩٤، الفوائد البهية ١٠٨، لسان الميزان ٤/ ٩٨، تاريخ بغداد ١٠/ ٣٥٣.

(٣) "العورة" ساقط من (ب).

(٤) وفي (ا) و(ب) ربع الخفيفة.

كتاب الزكاة

باب تعجيل الزكاة[1]

١ـ الأصل فيه : أن يد الساعي[2] في الصدقة الواجبة يد الفقراء، وفي النافلة يد المالك، لأن الواجب حق الفقراء، ولهذا يُجبر المالك على الأداء إلى الساعي، فكان

---

(١) اتفق الفقهاء على أنه لايجوز تعجيل الزكاة قبل ملك النصاب، لعدم وجود سببِ وجوبه، فلا يجوز تقديمها، مثل أداء الثمن قبل البيع، أما تعجيل الزكاة على الحول عند وجود سبب وجوبه، وهو النصاب الكامل، فجائز تطوعا عند جمهور الفقهاء، الحنفية والشافعية والحنابلة، ولايجوز عند المالكية، يرجع للتفصيل: «بدائع الصنائع» ٢/ ٥١، «فتح القدير» ١/ ٥١٦، «المجموع» ٦/ ١٣٩، «المهذب» ١/ ١٦٦، «المغني» ٢/ ٦٢٩، «كشاف القناع» ٢/ ٣١٠، «الشرح الكبير» ١/ ٤٣١، «بداية المجتهد» ١/ ٢٦٦.

وتشترط عند الحنفية ثلاثة شروط لجواز تعجيل الزكاة: أحدها كمال النصاب في أول الحول، والثاني: كماله في آخر الحول، والثالث: أن لاينقطع النصاب فيما بين ذلك. انظر «بدائع الصنائع» ٢/ ٥١.

(٢) "الساعي": آخذ الصدقات، سعى الرجل على الصدقة، يسعى سعيا، عمل في أخذها من أربابها، والساعي انصرف إلى عامل الصدقة، والجمع سُعاة، و"المصدّق" أيضا آخذ الصدقات. «طلبة الطلبة» ص ٤٦، «المصباح المنير» مادة: سعى، ص ١٧٧.

الساعى نائبًا عنهم، وأمّا غير الواجبة حق المالك، ولهذا لايجبر على الأداء[1].

٢ـ وأصل آخر: أن نقصان النصاب[2] في أثناء الحول، لا يمنع وجوب الزكاة[3]، وانقطاع النصاب يمنع الوجوب[4].

---

(١) الإمام العتابي أصّل لهذا الباب بأسلوب آخر أذكره تتميما للفائدة، فقال: ثم في المعجّل بعد الحول، يد الساعي يد الفقير، لأنه ملك الفقير، وقبل الحول يده يد المالك، لأنه بقي على ملك المالك حتى يكمل به النصاب عند الحول إذا بقي في يده إلى تمام الحول، فإذا صار زكاة يعتبر يده يد الفقير، وليس للمالك أن يستردّ المعجّل من يد الساعي لتعلق حق الفقير به إلا إذا كان بحال لايبقى فيه احتمال أن يصير المعجل زكاة، فحينئذ يستردّ. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ٧ - ٨.

(٢) نصاب الشيئ: أصله، والجمع: نصب وأنصبة، والمراد به هنا نصاب الزكاة، أي القدر المعتبر لوجوب الزكاة، وقال النسفي: هو مل مال لايجب فيما دونه الزكاة. «المصباح المنير» مادة: نصب، و«طلبة الطلبة» ص ٣٩.

(٣) لأن المعتبر كمال النصاب في طرفي الحول، ولأن سبب الوجوب هو النصاب، فأحد الطرفين حال انعقاد السبب، والطرف الآخر حال الوجوب أو حال تأكد الوجوب بالسبب، وما بين ذلك ليس بحال الانعقاد ولا حال الوجوب، فلا معنى لاشتراط النصاب عنده، ولأن في اعتبار كمال النصاب فيما بين ذلك حرجا كبيرا، لأن التجار يحتاجون إلى النظر في ذلك كل يوم وكل ساعة، وفيه من الحرج ما لايخفى، ولا حرج في مراعاة الكمال في أول الحول وآخره، وكذلك جرت عادة التجار بتعرف رؤس أموالهم في أول الحول وآخره، ولايلتفتون إلى ذلك في أثناء الحول. «بدائع الصنائع» ٢ / ٥١، «شرح الزيادات» للعتّابي ق ٧.

(٤) المراد من "انقطاع النصاب" هلاك النصاب كله، أي لابدّ من بقاء شيئ من النصاب أثناء الحول، وإن قلّ، ليضمّ المستفاد إليه، ولأنه إذا هلك النصاب الأول كلّه فقد انقطع حكم الحول، فلا يمكن إبقاء المعجّل زكاة، فيقع تطوعا. «بدائع الصنائع» ٢/ ٥١

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل أدّى زكاة ماله بعد الحول إلى الساعي، فهلكت في يده قبل الصّرف إلى الفقراء، جازت عن المالك لأن يد الساعي في الصدقة الواجبة يد الفقراء، فصار الهلاك في يده كالهلاك في يد الفقراء.

ولو أفرزها من ماله، ولم يدفع إلى الساعي، حتّى ضاعت، لم تجز عن الزكاة، لأنه لم يوجد الصّرف إلى الفقراء، لا حقيقةً ولا حكما، أمّا حقيقة: فظاهر، وأمّا حكما: فلأن يد صاحب المال لم تجعل يد الفقراء.

قال: ألا ترى أنه لو أراد أن يُمسك تلك الخمسة[1]، ويدفع مكانَها أخرى، جاز، ولو مات، صارت الخمسة ميراثا عنه، بخلاف ما لو دفع إلى الساعي.

رجل مرّ على العاشر[2] بمائتي درهم، وقال: لم يحُل عليها الحَول، وحلف على ذلك، كان القول قوله لما عُرِف[3]، فإن طلَب منه العاشر أن يعجّل خمسة دراهم[4]،

---

(١) قوله: "الخمسة" هذا على سبيل المثال، أي المال الذي أفرزه على سبيل الزكاة.

(٢) "العاشر": هو مَن نصبه الإمام على الطريق ليأخذ الصدقات من التجار، مما يمرون به عليه عند اجتماع شرائط الوجوب. «التعريفات» للجرجاني، ص١٨٨. وزاد السرخسي في تعريفه: "وتأمن التجـ بمقامه من اللصوص" «المبسوط» ٢/ ١٩٩.

(٣) قال السرخسي في باب العشر: إن ادّعى المسلم أن عليه دينا يحيط بماله، أو أن حوله لم يتمّ، أو أنه ليس للتجارة، صدّقه على ذلك إذا حلف، لإنكاره وجوب الزكاة عليه، ولأنه أمين فيما يلزمه من الزكاة. فإذ أنكر وجوبها عليه، فالقول قوله مع يمينه. «المبسوط» ٢/ ١٨٥ و ٢٠٠. وقال المرغيناني: "مَن أنكر منهم تمام الحول أو الفراغ من الدين، كان منكرا للوجوب، والقول قول المنكر مع اليمين". وقال أبويوسف: لايحلف لأنه عبادة، فأجابه ابن الهمام بأن العبادات وإن

ففعل، صحّ التعجيل[1]، لأنه عجّل بعد السبب، وهو ملك النصاب.

ثم هذه فصول ثلاثة: إمّا أن حال الحول، وعنده مائة وخمسة وتسعون درهما، لم تزِد ولم تنقص[2]، أو استفاد خمسة، وتمّ الحول، وعنده مائتا درهم، أو انتقص ممّا في يده درهم أو أكثر[3].

أما إذا لم تزد ولم تنقص[4] فإن كانت تلك[5] الخمسة قائمة في يد الساعي[6]،

كانت يصدق فيها بلا تحليف، لكن تعلق به هنا حق العبد، وهو العاشر في الأخذ، فهو يدعي عليه معنىً لو أقرّ به لزمه، فيحلف لرجاء النكول. «فتح القدير» ١/ ٥٣١.

(٤) "دراهم" ساقط من النسخ الأخري.

(١) "التعجيل" ساقط من النسخ الأخرى، وثبوته أولى.

(٢) قوله: "لم تزِد ولم تنقص" سقط من (ا) و(ب).

(٣) ذكر في «الفتاوى التاتارخانية» هذه الفصول الثلاثة نقلا عن «الزيادات»، وفصّل فيه، كما نقل ابن الهمام هذه المسائل كلها بالبسط والإحالة إلى «شرح الزيادات» لقاضي خان، وبعباراتها فليراجع. «الفتاوى التاتارخانية» ٢/ ٢٥٥، «فتح القدير» ١/ ٥١٧.

(٤) في النسخ الأخرى: "ففي الوجه الأول". وهذا هو الفصل الأول من الفصول الثلاثة التي ذكرها الشارح آنفا.

(٥) "تلك" ساقط من (ا) و(ب).

(٦) هذه الفصول الثلاثة، كل منها على سبعة أوجه: الأول: أن يتمّ الحول والخمسة المقبوضة قائمة في يد العاشر، والثاني: أن يستهلكها العاشر، والثالث: أن يأكلها قرضا، والرابع: أن يأخذها لعَمالة نفسه، والخامس: أن يتصدّق بها العاشر على المساكين قبل تمام الحول ثم تمّ الحول، والسادس: أن يأكله الساعي صدقة لحاجة نفسه، والسابع: إذا ضاعت من يد الساعي قبل الحول ثم وجدها بعد تمام الحول، فصّل الشارح هذه الأوجه السبعة وأحكامها في الصفحات التالية.

القياس أن لا تجب الزكاة، ويأخذ[1] الخمسة من الساعي؛ لأنها خرجت عن ملكه بالدفع إلى الساعي[2]، ولئن لم تخرج، صار في معنى الضِّمار[3]، لأنه لا يملك الاسترداد قبل الحول.

وفي الاستحسان تجب الزكاة، لما ذكرنا أن يد الساعي في المقبوض قبل الوجوب يد المالك، فكان قيامها في يد الساعي كقيامها في يد المالك، ولأن المعجل يحتمل أن يصير زكاة، فتكون يده يد الفقراء، ويحتمل أن لا يصير زكاة؛ فتكون[4] يده يد المالك، فاعتبرنا يد الساعي[5] يد المالك احتياطًا؛ لوجوب الزكاة.

ولأن القول بنفي الوجوب يؤدى إلى المناقَضَة[6]، بيانه: أنا لو لم نُوجب الزكاة،

وانظر «الفتاوى التاتارخانية» ٢/ ٢٥٥. وقال ابن نجيم بعد بيان هذه الأوجه: "والحاصل أن وجوه هذه المسئلة ثلاثة، وكل وجه على سبعة، فهي إحدى وعشرون، وقد علم أحكامها، وبسطه في شرح الزيادات لقاضي خان". «البحر الرائق» ٢/ ٢٤١.

(١) وفي (ب): "يستردّ الخمسة".

(٢) "إلى الساعي" ساقط من (ب).

(٣) "الضِمار": بالكسر، في اللغة: الغائب الذي لايُرجى عَوده، وأصله: الإضمار أي التغييب والإخفاء، وقال الإمام مالك: "الضمار": المحبوس عن صاحبه، ولازكاة في مال الضمار، أي الغائب الذي لايُرجى، فلا يمكن الانتفاع به مع بقاء الملك. «المصباح المنير» مادة: ضَمَر، ص٤٦٤ «طلبة الطلبة» ص ٤٦، «الموطأ» باب الزكاة في الدين، ص١٠٧.

(٤) "زكاة" ساقط من النسخ الأخري، وفي (ا): "فتصير يده".

(٥) وفي (ا) و(ب): "يده يد المالك".

(٦) "المناقَضَة": لغة: إبطال أحد القولين بالآخر، واصطلاحا: هي منع مقدمة معينة من مقدمات الدليل. والمناقضة في القول: أن يتكلم بما يتناقض معناه، أي يتخالف. «التعريفات» للجرجاني

بقيت الخمسة على ملك المالك، فتبين أنه حال الحول، والنصاب كامل، فتجب الزكاة، وتجب مقصورا على الحال، لا مستندا؛ لأنه لو استَنَد الوجوب[1] إلى أوّل الحول، بقي النصاب ناقصًا في آخر الحول، فيبطل الوجوب، فإذا تعذّر الاستناد يقتصر[2].

وإنما لا يملك الاسترداد؛ لأنه عينها زكاة من هذه السنة، فما دام احتمال الوجوب قائما، لا يكون له أن يستردّ، كمن نقَد الثمن في البيع بشرط الخيار للبائع، لا يملك الاسترداد، فتعلق حق الفقراء مع بقاء ملك المالك، ولهذا لا يصير ضِمارا؛ لأنه أعدّها لغرض، وهو الزكاة، والمعَدّ للزكاة لا يعتبر ضِمارا، لأن الزكاة لا تجِب في الضمار[3]، فلو اعتبر ضِمارا كان إبطالا لغرضه، فلا يعتبر ضِمارا.

وكذا لو كان الساعي استهلكَها، أو أنفَقَها قرضًا على نفسه، لأن بالاستهلاك والقرض وجَبَ المِثل، فصار قيام المثل في ذمته، كقيام العين في يده.

ص ٢٩٨، و«القاموس المحيط» مادة: نقض.

(١) "الوجوب" سقط من (ا) و(ب).

(٢) قال العتّابي في أصل هذا الباب: إنما جاز التعجيل، لأن الزكاة تجب عند تمام الحول، وتستند إلى وقت وجود السبب، إلا إذا كان في الاستناد إبطال التعجيل، فحينئذ يقتصر استحسانا. «شرح الزيادات» للعتّابي، ق٧.

(٣) سبق تعليقا معناه اللغوي، وهو في اصطلاح الحنفية: كل مال غير مقدور الانتفاع به مع قيام أصل الملك، كالحيوان الضال، والمال المفقود، والمال الساقط في البحر، والمال الذي أخذه السلطان مصادرة، والدين المجحود إذا لم يكن للمالك بينة، والمال المدفون في الصحراء إذا خفي على المالك مكانه. انظر «بدائع الصنائع» ٢/ ٩.

وكذلك لو أخذها الساعي بعُمَالة[1] [نفسه][2]؛ لأن العُمالة إنما تكون في الواجب، لأن قبضه للواجب يكون للفقراء[3]، فأمّا في غير الواجب فلا.

ولا يقال: بأن ما في ذمة الساعي دَين، وأداء الدين عن العين لا يجوز.

لأنا نقول: هذا[4] إذا كان الدين على غير الساعي، أما إذا كان على الساعي يجوز، لأن حقّ الأخذ له، فلا يفيد[5].

وإن كان الساعي[6] صَرَفها إلى الفقراء، أو صَرَفها[7] إلى نفسه وهو فقير، لا تجب[8] الزكاة، لأن الساعي مأمور بالصّرف إلى الفقراء.

ولو صَرَف المالك بنفسه، يصير ملكا للفقراء، وينتقص به النصاب، فكذلك ههنا.

وكذا إذا صرفها إلى نفسه، وهو محتاج؛ لأنه أمره بالتصدق، والصرف إلى نفسه

---

(١) "العُمالة": بضم العين، أجرة العامل، والكسر لغة، «المصباح المنير» مادة: عمل، ص٤٣٠، «طلبة الطلبة» ص٤٦.

(٢) ما بين المعكوفتين أثبت من النسخ الأخرى.

(٣) فيتحقق حينئذ سبب العمالة، وما قبضه غير واجب. «فتح القدير» ١/ ٥١٧.

(٤) "هذا" ساقط من (ا) و(ب).

(٥) "لايفيد" سقط من (ا) و(ب)، وثبوته أولى. أي لايفيد الطلب منه ثم دفعها إليه. «فتح القدير» ١/ ٥١٧.

(٦) "الساعي" ساقط من النسخ الأخرى.

(٧) "صرفها" ساقط من النسخ الأخرى.

(٨) أي: لايصير المعجّل زكاة، وفي «الفتاوى التاتارخانية»: ضمنها، لامن مال نفسه ولكن مما يأخذ من الزكاة. «الفتاوى التاتارخانية» ٢/ ٢٥٦.

يقع تصدقا.

وإن ضاعت تلك[1] الخمسة من يد الساعي قبل الحول، ثم وجَدَها بعد الحول، لاتجب الزكاة، وكان له أن يستردّها[2]، كما لو ضاعت من يد المالك قبل الحول، ثم وجدها بعد الحول[3]، لما ذكرنا أن يدالساعي قبل الوجوب[4] يد المالك، وإنما يملك الاسترداد؛ لأنه عيّنها لزكاة هذه السنة، ولم تصِر، فلو أن المالك لم يستردّها، حتى دفعها[5] الساعي إلى الفقراء لم يضمن[6].

قيل: هذا عندهما، أمّا عند أبي حنيفة رحمه الله يضمن[7].

وأصله: الوكيل بدفع الزكاة، إذا أدّى الموكِّل بنفسه ثم أدى الوكيل، عند أبي حنيفة يضمن، علم بذلك أو لم يعلم[8]، وعندهما لا يضمن[9].

---

(١) "تلك" ساقط من (ا) و(ب).

(٢) وفي الأصل: "يسترد" بسقوط الضمير.

(٣) "بعد الحول" ساقط من (ب).

(٤) كذا في الأصل، وفي بقيّة النسخ: "يده يد المالك".

(٥) وفي النسخ الأخرى: "دفع".

(٦) إلا إن كان المالك نهاه عن الدفع، فيضمن، كما سيأتي. «فتح القدير» ١/ ٥١٧.

(٧) لأن صاحب المال أمره بالأداء على وجه يسقط عنه الفرض، وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه ههنا. «الفتاوى التاتارخانية» ٢/ ٢٥٦.

(٨) وفي (ا) و(ب): "أم لا".

(٩) انظر «مجمع الضمانات» للعلامة أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، ص ٧، وذكر فيه أن قولهما رواية عن أبي حنيفة، ولذا قال ابن العلاء: المحققون من مشايخنا قالوا: لا ضمان هنا عند

فلو أن المالك نهاه عن التصدّق بعد الحول، صحّ نهيه، حتى لو تصدّق، ضمن عند الكل.

الفصل الثاني:

إذا استفاد المالك خمسة أخرى، فتمّ الحول، وعنده مائتا درهم، صار المعجّل زكاة في الوجوه كلها، لأن أكثر ما في الباب أن يجعل المعجل خارجا عن ملكه، لكن النصاب كامل بدونه.

وفيه إشكال: وهو أن في بعض الوجوه صار المعجل َدينا، فكيف يصير زكاةً عن العين؟

والجواب عنه ما قلنا، بل أولى، لأن ههنا المعجل صار زكاة من وقت التعجيل؛ لأنه جعلها زكاةً من وقت التعجيل، وأمكن ذلك، لأن النصاب كامل بدونه، وإذا صار زكاةً من وقت التعجيل، كان هذا أداء العين عن العين[1].

ولاتجب عليه زكاة هذه الخمسة، وإن كانت تلك الخمسة قائمة في يد الساعي، أمّا عند أبي حنيفة رحمه الله، فلأن عنده[2] لو كانت الخمسة[3] على ملكه، [وفي يده][4]،

الكل. «الفتاوى التاتارخانية» ٢/ ٢٥٦.

(١) قال ابن الهمام في الفصل الثاني: يصير المؤدّى زكاة في الوجوه كلها من وقت التعجيل، وإلا يلزم هنا كون الدين زكاة عن العين في بعض الوجوه. «فتح القدير» ١/ ٥١٧.

(٢) وفي بقية النسخ: "فلأنها لو كانت".

(٣) "الخمسة" ساقط من (ا) و(ب).

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبت من النسخ الأخرى.

لا تجب الزكاة؛ لأنه لايرى الزكاة في الكسور[1]، وأمّا عندهما: فلأنها خرجت عن ملكه من وقت التعجيل.

الفصل الثالث:

إذا انتقص عن ما في يده درهم،[2] ففي هذا الفصل لاتجب الزكاة في الوجوه كلها؛ لأن أكثر ما في الباب أن يجعل ما في يد الساعي، أو في ذمته كالقائم في يد المالك، ولو كانت قائمة[3] في يده حقيقةً، لاتجب الزكاة[4] لنقصان النصاب، كذا ههنا.

فإن كان المعجّل قائما في يد الساعي، يستردّه، وإن كان استهلكه، أو أكله[5] قرضًا، أو بجهة العَمالة، يكون ضامنا.

أمّا في القرض والاستهلاك فظاهر، وأمّا في العُمالة، فلما ذكرنا أن العمالة إنما تكون في[6] حق الفقراء، لا في حق المالك[7]، والمقبوض قبل الوجوب[8] حق المالك، لا حق الفقراء، فلا يستحق فيه العُمالة، فيضمن.

---

(١) لأن الحكم بوجوب الزكاة في الكسور يؤدي إلى الحرج، لتعذّر الوقوف عليه، والحرج مدفوع. انظر لتفصيل الأدلة «فتح القدير» ١/ ٥٢١.

(٢) "ففي هذا الفصل" ساقط من (ا) و(ب).

(٣) "قائمة" ساقط من (ا) و(ب).

(٤) "الزكاة" ساقط من (ب).

(٥) كذا في: (ا)، وفي الأصل: "استهلكها أو أكلها"، وما ثبت أصح.

(٦) وفي (ا) و(ب): "من حق الفقراء".

(٧) "لا في حق المالك" ساقط من (ا) و(ب).

(٨) "قبل الوجوب" ساقط من (ا) و(ب).

وإن كان تصدق بها على الفقراء، أو تصدّق[1] على نفسه وهو فقير، لم يضمن لما ذكرنا.

وإن ضاعت من يده قبل الحول، ثمّ وجدها بعد الحول، ردّها على المالك لما ذكرنا[2].

وإن تصدّق بها بعد الحَول، ضمِن عند أبي حنيفة رحمه الله، علِم بنقصان النصاب أولا، وعندهما لا يضمن على ما ذكرنا.

وإن نهاه عن التصدّق، فتصدق بعد النهي[3]، ضمن عند الكل[4].

ولو عجّل عن مائتي درهم خمسة دراهم، ثم هلك النصاب إلا درهما، والمعجّل قائم[5] في يد الساعي، ليس له أن يستردّ المعجل، لأنه عيّنها لحق الفقراء، فما بقي ذلك الاحتمال ليس له أن يستردّ، واحتمال صيرورته زكاةً قائم[6]، بأن يستفيد قبل تمام الحول ما يتمّ به النصاب[7].

---

(١) "تصدق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "لما ذكرنا" ساقط من (ا) و(ب).

(٣) "بعد النهي" ساقط من (ا) و(ب).

(٤) «فتح القدير» ١/٥١٧، و«الفتاوى التاتارخانية» ٢/٢٥٦.

(٥) "قائم" ساقط (ب).

(٦) لأن هذا نقصان في النصاب، وقد سبق في أصل الباب أن نقصان النصاب أثناء الحول لايمنع وجوب الزكاة، وإنما يمنعها انقطاع النصاب كله.

(٧) فرّع عليه في «الفتاوى التاتارخانية»: وكذلك المستأجر إذا عجّل الأجرة قبل استيفاء المنفعة، لم يملك الاسترداد. ٢/٢٥٧.

وكذا لو كان الساعي أخذ[١] الخمسة قرضا، أو من عمالته[٢]، لأن ما في يد الساعي، أو في ذمته، كالقائم في يد المالك، فيبقى الحول ببقائه.

ولو تصدّق بها الساعي[٣] بعد الحول، ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لايضمن[٤].

وقيل: لا يضمن عند الكل؛ لأنه حين دفع إليه للتصدق[٥]، وكان الدفع متردّدًا بين أن يكون زكاة، وبين أن لا يكون، فكان الساعي مأمورا بمطلق التصدق، لا بجهة الزكاة على التعيين، فلا يضمن.

وكذا لو كانت له مائتا درهم، لامالَ له غيرها، فجعل الكلّ عن الزكاة، ثم أراد أن يستردّ، ليس له ذلك؛ لأنه جعلها زكاة ثمانية آلاف درهم، وربما يستفيد ثمانية آلاف درهم قبل الحول[٦].

فإن تمّ الحول، ولم يستفد مالا، والمعجّل قائم في يد الساعي، صارت الخمسة[٧] زكاة عن المائتين، وكان له أن يستردّ الباقي[٨]، لما قلنا: إن قيامها في يد الساعي كقيامها في

---

(١) وفي (ا) و(ب): "لو أخذ الساعي".

(٢) وفي (ب): "عمالة نفسه".

(٣) "الساعي" ساقط من (ا) و(ب).

(٤) وفي النسخ الأخرى: "خلافًا لهما".

(٥) "للتصدق" ساقط من (ا) و(ب).

(٦) «فتح القدير» ١/ ٥١٧.

(٧) زاد في (ب) هنا: "منها".

(٨) مائة درهم وخمسة وتسعون، ولايسترد الخمسة. «الفتاوى التاتارخانية» ٢/ ٢٥٧.

يد المالك[1].

ولو استفاد ألف درهم قبل الحول، صار خمسة وعشرون من المعجل زكاة الألف، يبقى مائة وخمسة وسبعون، فيجب الزكاة[2] فيما بقي[3] أربعة دراهم في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لا يرى الزكاة في الكسور، وعندهما يجب أربعة دراهم، وثلاثة أثمان درهم، لما عُرف من مذهبهما.

ولا تجب الزكاة في خمسة وعشرين؛ لأن قَدر زكاة الألف، وهو خمسة وعشرون، صارت زكاة من وقت التعجيل، فكان خارجًا عن ملكه من ذلك الوقت، لأنه حين عجّل، جعلها زكاة، وأمكن جعل هذا القدر زكاة من وقت التعجيل لكمال النصاب بدونه، فلا تجب عليه[4] زكاة هذا القدر.

ولو استفاد ثمانية آلاف درهم قبل الحول، يصير كلّ المعجل زكاة من وقت التعجيل لما ذكرنا، ولا يجب عليه زكاة المائتين، لأنها خرجت عن ملكه من وقت التعجيل[5].

بخلاف ما إذا أدّى خمسة من المائتين، ولم يستفد شيئًا، حتى تمّ الحول، صارت الخمسة زكاة، مقصورًا على الحال، لا من وقت التعجيل[6]، لأنا لو حكمنا بخروجه عن ملكه من ذلك الوقت، يكون النصاب ناقصًا عند الحول، فلا تجب الزكاة.

---

(١) قوله: "إن قيامها في يد الساعي كقيامها في يد المالك" ساقط من (ا) و(ب).

(٢) "الزكاة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) وفي (ا) و(ب): "فيجب فيه".

(٤) "عليه" ساقط من (ا) و(ب).

(٥) «فتح القدير» ١/٥١٧، و«البحر الرائق» ٢/٢٤١.

(٦) "لا من وقت التعجيل" ساقط من (ب)، وهو خطأ.

أما إذا كان النصاب كاملا بدون المعجل[١]، يصير زكاة من وقت التعجيل؛ لأنه جعله زكاة وقت التعجيل، وأمكن جعله زكاة من ذلك الوقت.

ولو عجّل من مائتين وأربعين درهما ستة دراهم، ولم يستفد شيئا، حتى تمّ الحول، القياس على مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن يستردّ الدرهم السادس، لأن خمسة من المعجّل صارت زكاة من وقت التعجيل، وخرجت عن ملكه من ذلك الوقت لوجود شرطه، وهو كمال النصاب بدون المعجل[٢]، بقي ماله عند الحول مائتان وخمسة وثلاثون، وعنده في مثله لايجب إلا خمسة، لأنه لا يرى الزكاة في الكسور[٣].

والقياس[٤] على مذهبهما أن يستردّ ستة أجزاء من أحد وأربعين جزأ من الدرهم السادس[٥]، لأن الخمسة من المعجل صارت زكاة عن نفسها، وعن مائتين سواها، حتى أن من عجّل خمسة عن مائتين، ثم استفاد خمسة أخرى قبل الحول، كان المعجل[٦] زكاة عن نفسها، وعن مائتين سواها، حتى لايجب عليه لهذه الخمسة شيء، وكان كّل درهم من المعجل زكاة عن نفسها، وعن أربعين سواها[٧].

---

(١) كذا في الأصل، وفي بقية النسخ: "التعجيل".

(٢) وفي (ا) و(ب): "بدونه".

(٣) قوله: "لأنه لا يرى الزكاة في الكسور" ساقط من (ا) و(ب).

وانظر «فتح القدير» ١/ ٥١٧.

(٤) وفي (ا) و(ب): "وفي القياس".

(٥) "السادس" ساقط من النسخ الأخرى.

(٦) وفي بقية النسخ: "كانت الخمسة" مكان "كان المعجل".

(٧) "سواها" ساقط من (ا) و(ب).

ولو استفاد ستة دراهم [أخرى][1] قبل الحول، صار جميع المعجل زكاة، فإذا لم يستفد ستة دراهم[2]، انتقص ماله بستة دراهم، فيستردّ ستة أجزاء من أحد وأربعين جزأ من الدرهم السادس.

وفي الاستحسان على المذهبين: لا يستردّ شيئا، وتصير الستة[3] زكاة، لأن المعجل إنما يجعل زكاة من وقت التعجيل، إذا صار الكل زكاةً، فأما إذا جعلناه زكاة مقصوراً على الحال، يصير كله زكاة.

ولو جعلناه زكاة من وقت التعجيل، لا يصير الكل زكاة، بل يخرج البعض من أن يكون زكاة[4]، وإنما يصير [الكل][5] زكاة مقصورا على الحال؛ لأنه جعل الكل زكاة، وأمكن جعل الكل زكاة من هذا الوجه، فيجعل كذلك، [ولأن يد الساعي قبل الحول يد المالك، ولو كان في يده يصير زكاة مقصوراً][6].

وإن هلك درهم من بقية النصاب قبل الحول، فعلى قول أبي حنيفة يستردّ الدرهم السادس قياسًا واستحسانا، لأنّا وإن بقينا المعجّل على ملكه إلى تمام الحول[7]، كان ماله عند تمام الحول مائتين وتسعة وثلاثين، وعنده في مثله لايجب إلا خمسة دراهم.

---

(١) وفي بقية النسخ: "ستة أخرى".

(٢) "ستة دراهم" ساقط من (ا) و(ب).

(٣) وفي (ب): "المعجل".

(٤) قوله: "بل يخرج البعض من أن يكون زكاة" ساقط من (ا) و(ب).

(٥) ما بين المعكوفتين زيد من النسخ الأخرى.

(٦) ما بين المعكوفتين أثبت من بقية النسخ.

(٧) قوله: "إلى تمام الحول" ساقط من بقية النسخ.

وعندهما في القياس يستردّ سبعة أجزاء من إحدى وأربعين جزأ من الدرهم السادس، لأن في الفصل الأول في القياس[١] يستردّ ستة أجزاء من إحدى وأربعين جزأ من الدرهم السادس[٢]، فإذا انتقص النصاب[٣] بدرهم، يستردّ سبعة أجزاء، وفي الاستحسان يستردّ حصة الدرهم الذي ضاعت، وذلك جزء من أربعين جزأ من درهم[٤].

رجل عجّل عن خمس وعشرين من الإبل "بنت مخاض"[٥]، ولم يستفد شيئًا حتى تم الحول، فالقياس في هذا أن[٦] يصير من المعجل مقدار أربع من الغنم زكاة[٧]، ويسترد الباقي، لأن المعجّل خرج من ملكه من وقت التعجيل، وفي الاستحسان يصير الكلّ زكاةً، ولايستردّ شيئا، لما قلنا: إنه متى تعذر أن يجعل كل المعجل[٨] زكاة من وقت التعجيل، يجعل زكاة مقصورًا على الحال[٩].

---

(١) "في القياس" ساقط من (ا) و(ب).

(٢) قوله: "من إحدى وأربعين جزءاً من الدرهم السادس" ساقط من بقية النسخ.

(٣) "النصاب" ساقط من (ا) و(ب).

(٤) انظر تفصيل المسائل في «الفتاوى التاتارخانية» ٢/ ٢٥٨-٢٥٩.

(٥) أجمع الفقهاء في نصاب زكاة الإبل على أنه إذا بلغت خمسا وعشرين إلى خمس وثلاثين (٢٥ - ٣٥) ففيها بنت مخاض: وهي التي استكملت سنة من الإبل، ودخلت في الثانية، سميت بها لأن أمها صارت حاملا بولد آخر. «الهداية» ١/ ٩٨، «طلبة الطلبة» ص ٣٩.

(٦) قوله: "فالقياس في هذا أن" ساقط من (ا) و(ب).

(٧) لأن الباقي عنده بعد المعجل عشرون إبلا، ويجب في العشرين أربع شياه.

(٨) "المعجل" ساقط من بقية النسخ.

(٩) من قوله: إنه متي تعذر إلى آخر الفقرة ساقط من (ب).

ولو هلكت من الإبل واحدة، يمسك الساعي من المعجل مقدار أربع شِياه، ويردّ الباقي، لأنّا وإن بقينا المعجّل على ملكه، لايصير كل المعجل[1] زكاةً لنقصان النصاب، بل يجب أربع شِياه، ودفعُ بعض بنت مخاض عن الغنم يجوز باعتبار القيمة[2].

هذا إذا كان المعجّل قائما في يد الساعي، فإن كان تصدّق به على المساكين، أو كان محتاجا، فأخذها لنفسه على وجه الصّدقة، صار قدر أربع من الغنم زكاة، والباقي تطوّع.

وإن كان الساعي[3] استهلكها قبل الحول، غرم مقدار قيمة[4] أربع شياه للفقراء؛ لأن ذلك حقهم، ويضمن الفضل للمالك؛ لأن ذلك حقه.

وروى بشر[5] عن أبي يوسف أن المعجل لو كان قائما في يد الساعي، وقد هلك

---

(١) وفي بقية النسخ: "لايصير كلّه".

(٢) وضّحه في «الفتاوى التاتارخانية» بأن القياس أن يصير قدر أربعة أخماس القيمة من قيمة بنت المخاض زكاة، ويردّ الساعي الباقي. «الفتاوى التاتارخانية» ٢/ ٢٥٧.

(٣) "الساعي" ساقط من بقية النسخ.

(٤) "قيمة" ساقط من بقية النسخ.

(٥) هو بِشر بن الوليد بن خالد الكندي القاضي، أحد أعلام المسلمين، وأحد أصحاب أبي يوسف خاصة، روى عنه كتبه وأماليه، سمع مالكا وحماد بن زيد وغيرهما، وروى عنه الحافظ أبو نعيم الموصلي، وروى له أبوداود، وكان صالحا ديّنا عابدا واسع الفقه، وحمل الناس عنه من الفقه والنوادر ما لايمكن جمعها كثرة، ولي القضاء ببغداد، وقال الآجري: سألت أباداود فقال: ثقة، وقال السُلمي عن الدارقطني: ثقة. مات سنة ٢٣٨ هـ.

ترجمته في: ميزان الاعتدال ١/ ٣٢٦، طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٣٨، الطبقات السنية، برقم ٥٦٧، الفوائد البهية ص٥٤، تاريخ بغداد ٧/ ٨٠، شذرات الذهب ٢/ ٨٩.

من بقية النصاب واحدة، يردّها المصدّق، ولا يحبس شيئا، ويطالب المالك[1] بأربع شياه من الغنم[2]، لأن في إمساك البعض، وردّ البعض ضَرر التشقيص[3] والشركة، وذلك مدفوع.

ولو كان المعجل مستهلكا، يمسِك من قيمتها مقدار أربع شياه، ويردّ الفضل؛ لأنه لا ضرر فيه.

ولو عجّل شاة عن أربعين، فتصدق بها الساعي، فتمّ الحول، ولم يستفد شيئاً، يقع تطوعًا[4]؛ لأن النصاب ناقص؛ إذ لم يوجد ما يتمّ به النصاب، لا في يد الساعي، ولا في يد المالك، فلم تجب الزكاة، وإذا لم تجب الزكاة كانت الصدقة تطوعًا ضرورة[5].

ولو كان الساعي باعَها للفقراء قبل الحول، وتصدّق بثمنها، لايضمن؛ لأن المالك أمره بالتصدق، وربما يكون البيع[6] أنفع للفقراء، وتكون الصدقة تطوعًا لما ذكرنا.

---

(١) "المالك" ساقط من (ا) و(ب).

(٢) "من الغنم" ساقط من بقية النسخ. وذكر ابن العلاء هذه الرواية، فقال: وفي كتاب الزكاة برواية بِشر بن الوليد: لايكمل النصاب بما في يد المصدق، ولايجوز ذلك عن زكاته، وعلى المصدق أن يردّها على صاحبها، ويأخذ منه أربعا من الغنم زكاة. «الفتاوى التاتارخانية» ٢/ ٢٥٧.

(٣) "التشقيص": من الشقص، وهو الطائفة من الشيء، والجمع أشقاص، وتشقيص الذبيحة: تفصيل أعضائها سهاما معتدلة بين الشركاء. «القاموس المحيط» و«لسان العرب» و«المصباح المنير» مادة: الشقص.

(٤) زاد ابن الهمام هنا: "ولايضمن". «فتح القدير»١/ ٥١٨.

(٥) من قوله: "فلم تجب الزكاة" إلى آخر الفقرة ساقط من (ا) و(ب).

(٦) وفي (ا) و(ب): "الثمن" بدل "البيع".

فإن كان الثمن قائما في يد الساعي، يأخذه المالك؛ لأنه بدل ملكه، ولا تجب الزكاة؛ لأن نصاب الشياه لايكمل بالثمن[1].

وإن كان المعجل قائما في يد الساعي، صارت زكاة استحسانا؛ لما ذكرنا أن قيامها في يد الساعي، كقيامها في يد المالك، فلو أن الساعي باعها بعد الحول، كان الثمن للمساكين؛ لأنه بدل ملكهم.

ولو كان الساعي أخذها من عُمالته، أو جعَلها الإمام له من العُمالة، واستفاد المالك شاةً واحدة قبل الحول، فتمّ الحول، وعنده أربعون من الغنم سِوى المعجل، جازت عن الزكاة، وتُسلّم للساعي.

وإن[2] تمّ الحول، وعنده تسعة وثلاثون، والمعجل قائمة في يد الساعي، وقد أخذها من العمالة، وأشهد على ذلك، أوجعلها الإمام له من العمالة، فلا زكاة عليه، ويستردّ المعجل؛ لأنه لمّا أخذها من العمالة، زالت عن ملك المالك[3]، فانتقص النصاب، فلا تجب الزكاة، فكان له[4] أن يستردّها؛ لأنها في يده[5] بسبب فاسد، فإن عمالته في الزكاة الواجبة، وتبيّن أنها غير واجبة، فكانت مقبوضة بسبب فاسد، فيلزمه الردّ[6].

---

(١) أي: أن نصاب السائمة نقص قبل الحول، ولايكمل بالثمن، كما في «فتح القدير» ١/ ٥١٨.

(٢) وفي (ا) و(ب): "ولو تمّ".

(٣) وفي (ا) و(ب): "عن ملكه" بسقوط "المالك".

(٤) "فكان له" ساقط من (ا) و(ب).

(٥) وفي (ا): "يد الساعي".

(٦) يلاحظ هنا أن هذا الحكم خلاف ما سبق من الفصول الثلاثة الأولى، نبّه إليه ابن نجيم بقوله: ثم اعلم أن وقوعها زكاة فيما أخذها الساعي من عمالته، إنما هو في غير السوائم، أما في السوائم فلا

فإن كان الساعي[1] باعَها قبل الحول أو بعده، فبيعه جائز، كالمشترى شراء فاسدا، إذا باع، جاز بيعه، ويضمن قيمتها[2] للمالك، ويكون الثمن له؛ لأنه بدل ملكه.

ولو أن الساعي لم يأخذها من العمالة، وانتقص مما في يد المالك واحدة[3]، فتمّ الحول، والمعجل قائم في يد الساعي لاتجب الزكاة لنقصان النصاب[4].

فإن كان الساعي باعها قبل الحول، وتصدّق بثمنها، جاز بيعه، ولا ضمان عليه؛ لأنه باع، وتصدّق بإذن المالك.

وإن باعها بعد الحول، وتصدق بثمنها، فكذلك عندهما، علِم بنقصان النصاب، أو لم يعلم.

وعند أبي حنيفة لا يجوز بيعه، ويضمن، علم بنقصان النصاب، أو لم يعلم[5].

تقع زكاة لنقصان النصاب، ويسترد المالك، ويضمن الساعي قيمتها لو باعها، ويكون الثمن له، وإنما كان كذلك في السائمة، لأنها لما خرجت عن ملك المعجل بذلك السبب، فحين تمّ الحول يصير ضامنا بالقيمة، والسائمة لايكمل نصابها بالدين، بخلاف نصاب الدراهم، لأنه يكمل بالدين. «البحر الرائق» ٢/ ٢٤١، كما أشار إليه مفصلا ابن الهمام، فليراجع، «فتح القدير» ١/ ٥١٨.

(١) "الساعي" ساقط من (ا) و(ب).

(٢) كذا في الأصل، وفي بقية النسخ: "يضمن القيمة".

(٣) وفي (د): "وأخذه"، وهو خطأ.

(٤) "لنقصان النصاب" ساقط من (ا) و(ب).

(٥) قوله: "علم بنقصان النصاب، أو لم يعلم" سقط من (ا) و(ب)

وأصل هذا[1]: الوكيل بأداء الزكاة، إذا أدّى بعد أداء المالك، عندهما لايضمن، عَلم بأداء المؤكّل[2] أو لم يعلم، [وعند أبي حنيفة يضمن، علم بأداء المالك، أو لم يعلم][3].

ولو نهاه عن التصدق بعد الحول، فتصدق، كان ضامنا[4]؛ لأن الإذن قد ارتفع[5].

ولو نهاه عن التصدق قبل الحول، لا يصحّ نهيه؛ لأن قبل الحول[6] احتمال صيرورته زكاةً قائم، فلايصحّ نهيه، كما لايملك الاسترداد.

ولو ضاعت الزكاة المأخوذة[7] من يد الساعي، بطلت عمالته حتى لايعطى عمالته من غيرها؛ لأن حقّه في المجموع لعمله، فإذا هلك المجموع، هلك بِما فيه.

ولو عجّل عن أربعين بقرة مُسنّة[8]، وهلك من بقيّة النصاب واحدة، ولم يستفد

---

(١) وفي (ا) و(ب): "أصله".

(٢) كذا في الأصل، وفي (ج) و(د): "المالك".

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبت من (ج) و(د)، كما سقط من قوله "إذا أدّى" إلى آخر الفقرة من (ا) و(ب).

(٤) وفي (ا) و(ب): "يضمن"، وما ثبت أصح.

(٥) "لأن الإذن قد ارتفع" ساقط من (ا) و(ب).

(٦) كذا في الأصل و (ج) و(د)، وجاء في (ا) و(ب): "ولو نهاه قبل الحول، لايعمل نهيه، لأن احتمال صيرورته الخ.

(٧) وفي بقية النسخ: "ولوضاع المعجل".

(٨) "مسن" أو "مسنّة"، وجمعه مَسَان، وهي التي استكملت سنتين، وطعنت في الثالثة من البقر. «المصباح المنير» مادة: السن.

شيئا حتى تمّ الحول، فإن الساعي يمسك من المعجل[1] قدر تَبيع[2]، ويردّ الباقي؛ لما ذكرنا في نصاب[3] الإبل، وليس لربّ البقر أن يستردّ المُسنّة، ويعطيه التبيع[4]؛ لأن قدر التبيع من المسنة، صار زكاة، حقا للفقراء، فليس له أن يسترد[5].

وعلى قياس ما روى عن أبي يوسف له ذلك، دفعا لضرر الشركة[6].

ولو تمّ الحول، والبقر ستون، فحق الساعي في تبيعين[7]، يُمسك ذلك، ويتراجعان بالفضل، وليس للمالك خيار الاسترداد[8]؛ لما قلنا.

مصدِّق عدّ البقرَ بعد الحول، فقال: هي أربعون، فأخذ مُسنة، ثم عدّها ثانيا، فإذا هي تسعة وثلاثون، فإنه يردّ المسنة، ويأخذ التبيع، بخلاف ما تقدم؛ لأن ههنا دفع المسنة على ظنّ أن البقر أربعون، فإذا اتفقا على الغلَط، وانعدام[9] العدد، انعدم الرّضى، وفيما

(١) "من المعجل" ساقط من (ا) و(ب).

(٢) "تَبيع"، وجمعه: أتبعة، ذو الحول من البقر، والأنثى: تبيعة، وجمعها: تباع، وهي التي طعنت في الثانية، وسمي تبيعا، لأنه يتبع أمه، انظر: «المصباح المنير» مادة: تبع، و«الهداية» ١/ ٩٩.

(٣) "نصاب" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) كذا في الأصل، وفي النسخ الأخرى: "وليس له أن يستردّ المُسنّة، ويؤدّي التبيع.

(٥) من قوله: "لأن قدر التبيع" ساقط من (ا) و(ب).

(٦) "دفعا لضرر الشركة" ساقط من (ا) و(ب).

(٧) وفي (ا) و(ب): "تبيعتان"، وهو خطأ.

(٨) "وليس للمالك خيار الاسترداد" ساقط من (ا) و(ب).

(٩) وفي (ا) و(ب): "انعدم"، وما أثبت أصح.

تقدّم دفَعَ على احتمال أن يصير زكاة، ولم يظهر أن الاحتمال لم يكن[1].

فإن كان الساعي تصدّق بالمسنة، أو ضاعت، إن دفعَها المالك باختياره، لم يضمن، وإن أخذها الساعي كُرهاً، إن ظن أن البقر أربعون، فلا ضمان عليه؛ لأنه مُخطِئ في اجتهاده، فيما عمل لغيره، فكان ضمان خطأه على مَن وقع العمل له[2].

فإن وجد الفقيرَ المدفوع إليه، يضمنه ما زاد على قدر التبيع، وإن لم يجد الفقير[3]، يؤخذ من المجموع في يده من أموال الزكاة، كالقاضي إذا أخطأ في قضائه بمال، أو نفسٍ، كان ضمان خطأه على من وقع القضاءَ له[4]، أو على بيت المال، كذلك هنا.

وإن كان الساعي[5] تعمّد الأخذ، فضمان الفضل في ماله؛ لأنه متعمد، كالقاضي إذا تعمّد الجَورَ، يضمن، كذا ههنا[6].

---

(١) انظر: «الفتاوى التاتارخانية» ٢/ ٢٦١.

(٢) وفي (ا) و(ب): "ضمانه على من عمل له".

(٣) "الفقير" ساقط من بقية النسخ.

(٤) القاضي إذا أخطأ في قضائه كان خطؤه على المقضي له، وإن تعمّد بجور، كان ذلك عليه، راجع في ذلك «مجمع الضمانات» لأبي محمد بن غانم البغدادي ص٣٦٤، نقلا عن «فتاوى قاضي خان» من السير. ونقل ابن العلاء عن «الحجة»: القاضي إذا أقر أنه قضى بغير حق، يضمن ماله، ويؤدّب ويعزل من القضاء. «الفتاوى التاتارخانية» ٢/ ٢٦٢.

(٥) "الساعي" ساقط من (ج) و(د).

(٦) قوله: "يضمن، كذا ههنا" ساقط من (ا) و(ب).

واستدلّ رحمه الله برجل له أربعون مُسنة، فجاء[1] الساعي بعد الحول، فقال صاحب البقر[2]: قد كنت أمرت غلامي يبيع عشرة منها، فإن باع، فعليّ تبيع، وإن لم يبع فعليّ مسنة، فأعطاه مسنة، ثم علم أن الغلام باع منها عشرة، أجزأه من المسنة قدر تبيع، ويسترد الفضلَ، وإن كان أداه تبيعا [ثم علم أن الغلام لم يبع منها شيئا][3]، أعطاه الفضل، وإن أراد أحدهما أن ينقض الأداء، ويأخذ الواجب، لا يملك إلا بالتراضي، كذا ههنا.

ولو أمر رجلا أن يعتق عبده في كفّارة الظهار، أو اليمين، أو دفع مالا؛ ليكفِّر عنه، ثم كفَّر الآمر بنفسه[4]، أو ماتت امرأة المظاهَر منها، ثم كفّر المأمور، جاز، ولا يضمن المأمور، وينفذ إعتاقه[5]، وهذا عندهما علم بذلك، أو لم يعلم، وعلى قول أبي حنيفة: يضمن المأمور بالتصدق به[6]، ولا ينفذ إعتاقه، علم أو لم يعلم.

وعلى هذا الخلاف: المتفاوضَان[7] أمر كل واحد منهما صاحبَه بأداء الزكاة عنه،

---

(١) "صاحب البقر" ساقط من (ا) و(ب).

(٢) وفي (ا) و(ب) فجائه.

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وزيد من (ا) و(ب).

(٤) "بنفسه" ساقط من (ا) و(ب).

(٥) قوله: "المأمور وينفذ إعتاقه" ساقط من (ا) و(ب).

(٦) "به" ساقط من (ا) و(ب).

(٧) أي: الشريك في الشركة المفاوضة: وهي شركة متساويين، مالا وتصرفا ودَينا. «التعريفات» ص ٢٨٧.

وعن نفسه، فأدّى أحدهما، ثم أدى الآخر[1]، ضمن الثانى حصّة الأول عند أبي حنيفة رحمه الله، علم بذلك أو لا، وعندهما لا يضمن[2].

وإن أدّياه معًا ضمن كل واحد منهما نصيبَ صاحبه، وعندهما لا يضمن، وعن أبي حنيفة أنه فرق بين العلم والجَهل.

---

(١) وفي (ب): "الثاني" مكان "الآخر".

(٢) إذا أمر أحد الشريكين الآخر بأداء زكاة نصيبه، فأدى المأمور بعد أداء صاحبه، ضمن عند أبي حنيفة، سواء علم به أو لم يعلم. انظر: «مجمع الضمانات» لأبي محمد بن غانم البغدادي ص ٧، باب مسائل الزكاة.

باب من زكاة الحَمَل وغيرها

بنى الباب على أن نقصان السِّن، يمنع انعقاد الحول عند محمد رحمه الله، حتى لا تجب الزكاة في الحُمْلان، والفصلان، والعجاجيل[1] عنده ما لم يحُل الحول بعد الكبر[2].

وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا: يجب في الصغار ما يجب في الكبار، وهو قول زفر رحمه الله، كما لو اختلط الصغار بالكبار، ثم رجع، وقال: يجب فيها واحدة منها، وهو قول أبي يوسف[3] والشافعي[4] رحمهما الله، ثم رجع، وقال: لا يجب فيها

---

(١) "الحُمْلان" بضمّ الحاء وقيل بكسرها، جمع "الحَمَل"، بفتحتين، ولد الشاة في السنة الأولى.
"الفُصلان" جمع "الفَصيل"، ولد الناقة قبل أن يصير ابن مخاض، لأنه يُفصل عن أمه، فهو فعيل بمعنى مفعول.
"العَجاجيل" جمع العجول، والعِجل، ولد البقرة حين تضعه أمه إلى شهر، والأنثى: عِجلة. انظر: «المصباح المنير» و«مختار الصحاح» و«العناية» و«فتح القدير»١/ ٥٠٤.

(٢) إلا أن يكون معها كبار ولو واحدا، كما سيأتي في الصفحة التالية، فحينئذ يجعل الكل تبعا له في انعقادها نصابا. راجع للأدلة «الهداية» ١/ ١٠١، «اللباب في الجمع بين السنة والكتاب» للمنبجي، ١/ ٣٧٣.

(٣) يقول أبو يوسف: إن النص ورد باسم الإبل والبقر والغنم، وهو اسم جنس، فيتناول الكل، فتجب فيها الزكاة، نظرا إلى الفقراء، لكن وجبت واحدة منها دفعا للضرر عن المالك، كما في العِجاف. انظر «الجامع الصغير» مع النافع الكبير للعلامة عبد الحي اللكنوي، ص ١٢٥.

شيء، وهو قول محمد رحمه الله[1].

وأجمعوا على أن نقصان العجف[2] لا يمنع وجوب الزكاة، لكن يجب فيها ما يليق بحال النصاب؛ نظراً للجانبين[3]، والمسألة معروفة، والحُجَج من الجانبين مذكورة في "الأصل"[4].

---

(٤) انظر «مغني المحتاج» ١/ ٥٥٧، و«المجموع» ٥/ ٣٨٦.
ويرى الحنابلة أنه تجب الزكاة في الصغار كما تجب في الكبار، وتعدّ الصغار مع الكبار، وتؤخذ الكبيرة الوسط، لأنها من جنس النصاب. وهو القول الأول لأبي حنيفة. انظر «المغني» ٢/ ٦٠٣، «المبدع» ٢/ ٣١٩. وقال ابن رشد: الأقيس أخذ الصغير من الصغار في الزكاة. «بداية المجتهد» ١/ ٣٠٧.

(١) وهو رواية «الجامع الصغير»، وجه قوله الأول: أن الاسم المذكور في الخطاب ينتظم الصغار والكبار، ووجه الثاني: تحقيق النظر من الجانبين، كما يجب في المهازيل واحد منها، ووجه الأخير: أن المقادير لايدخلها القياس، فإذا امتنع إيجاب ما ورد به الشرع امتنع أصلا. «الهداية» ١/ ١٠١، وانظر «الجامع الصغير» ص١٢٥، «فتح القدير»١/ ٥٠٥، «فتاوى قاضي خان» ١/ ٢٤٨، «الفتاوى الهندية» ١/ ١٧٨.

(٢) "العَجَف" : الهُزال، فهو أعجف، وهو المهزول، والجمع عِجاف، على غير قياس. «المصباح المنير» مادة: عجف، «طلبة الطلبة» ٤٩.

(٣) يرجع للتفصيل «فتح القدير» ١/ ٤٩٨.

(٤) لم أطلع على حجج الجانبين في «كتاب الأصل» إلا ما روى محمد عن أبي حنيفة: قلت: أرأيت الفصلان والبقر العجاجيل والغنم الحملان كلها هل فيها صدقة؟ قال: لا، قلت: لِمَ؟ قال: لأنه لا يؤخذ في صدقة الغنم إلا الثني فصاعدا، ولايؤخذ في صدقة الإبل والبقر إلا ما وصفتُ لكَ من السِنّ أو قيمته. «كتاب الأصل» ٢/ ٤، وراجع لتفصيل الأدلة: «فتح القدير» ١/ ٥٠٥، و

قال [محمد][1] رحمه الله: إذا كان للرجل تسعة وثلاثون حملا، وشاة مسنة حال عليها الحول[2]، يجب فيها مسنة عند الكل[3]، لأن حال اختلاط الصغار بالكبار، يجعل الصغار تَبعا للكبار؛ دفعا لضرر التمييز، لأن النصاب لايخلو عن الصغار عادة، ويجوز أن يثبت الحكم تبعا، وإن كان لايثبت أصلا كشهادة النساء، وغير ذلك.

وإذا وجبت الزكاة، فإن كانت المُسنة وسَطا، تؤخذ تلك المسنة، وكذا إن كانت دون الوسط، تؤخذ تلك المسنة، أمّا عند أبي حنيفة ومحمد[4]، فلأن الوجوب باعتبارها، فلايزاد عليها، وعند أبي يوسف وجوب المسنة باعتبارها، فلا يزاد عليها.

فإن هلكت المسنة بعد الحول، بطلت الزكاة عندهما؛ لأن الوجوب باعتبار المسنة، فصار هلاكها كهلاك الكل، إذ الحكم لايبقى في التّبع بعد فوات الأصل.

وعند أبي يوسف يبقى في الصغار تسعة وثلاثون جزأ من أربعين جزأ من الحمل؛ لأن عنده الصغار أصل في الوجوب، إلا أن فَضل الكبير، كان باعتبار تلك المسنة[5]، فيبطل الفضل بهلاكها، وصار كأنّ الكل كانت صغارا، وهلكت منها[6] واحدة[7].

«بدائع الصنائع» ٢/ ٣١.

(١) "محمد" ساقط من الأصل.

(٢) وفي (ب): "حال الحول عليها".

(٣) «كتاب الأصل» ٢/ ٧٢.

(٤) "محمد" ساقط من بقيّة النسخ.

(٥) "المسنة" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "منها" ساقط من النسخ الأخرى.

(٧) «بدائع الصنائع» نقلا عن الزيادات. ٢/ ٣١، ٣٢.

ولو هلك الحملان، وبقيت المسنة، يؤخذ قسطها، وهو جزء من أربعين جزأ من المسنة، جُعل هلاك المسنة كهلاك الكلّ، ولم يجعل قيامها كقيام الكل، حتى لا يبقى كل الواجب[1].

والفرق أن طريق الوجوب إلحاقُ الصّغار بالكبار، إلا أن الصغار جعلت تَبعا للكبار، حالَ قيام المسنة، لا حالَ عدمها؛ لأن الواجب جزء من النصاب، وجوبًا وبقاءً، والواجب لايكون إلا من الكبار، فعند وجود المسنة، لو ألحقنا الصغار بالكبار، حتى يبقى حصة المسنة، كان الواجب جزء من النصاب؛ لوجود المسنة.

أما عند هلاك المسنة، لو ألحقنا الصغار بالكبار، حتى يبقى حصة الصغار من المسنة الواجبة، لا يكون الواجب جزأً من النصاب، فتعذّر القول بإبقاء الواجب بطريق إبقاء[2] التبعية، فصار هلاك المسنة كهلاك الكل"[3].

رجل له خمس من الإبل أوساط، أو مرتفعات، أو فيها بنت مخاض وسط، والباقي دون ذلك، أو حِقاق[4]، أو جِذَاع[5]، أو بَوَازِل[6]، يجب فيها شاة وسَط[7]

---

(١) «فتح القدير» ١/ ٥٠٦، وقال ابن الهمام بعد بيان المسألة: والفرق يطلب في «شرح الزيادات»، وكذلك انظر «بدائع الصنائع» ٢/ ٣٢.

(٢) كذا في الأصل وفي (ا)، وجاء في (ج) و (د): "بقاء التبعية".

(٣) وقد أحسن الكاساني في توجيه هذه المسألة بعد نقلها من الزيادات فقال: "لأن المسنة كان سبب زكاة نفسها و زكاة تسعة وثلاثين سواها، لأن كل الفريضة كانت فيها، لكن أعطي الصغار حكم الكبار تبعا لها، فصارت الصغار كأنها كبار، فإذا هلكت الحملان، هلكت بقسطها من الفريضة، وبقيت المسنة بقسطها من الفريضة". «بدائع الصنائع» ٢/ ٣٢.

(٤) "الحِق": بالكسر من الإبل، ما طعن في السنة الرابعة؛ والجمع: "حِقاق"، والأنثى: حِقّة،

بالنص[1].

وجمعها: حِقق، و"أحقّ البعير" إحقاقا، صار حِقا، قيل سمّي بذلك لاستحقاقه الحمل والركوب. «المصباح المنير» مادة: حقق، «طلبة الطلبة» ص ٤٠.

(٥) "جِذاع" جمع جَذَع، بفتحتين، والأنثى: جَذَعة، وهي من الإبل ما استكملت أربعا ودخلت في الخامسة. «المصباح المنير» و«طلبة الطلبة» ص ٤٠.

(٦) "بَوازِل" جمع: بازل، والبازل من الإبل الذي دخل في السنة التاسعة، يستوي فيه الذكر والأنثى، سمّي به لطلوع بازله، وهو السنّ الذي يطلع في السنة التاسعة، "بزل البعير" بزولا، فطر نابُه بدخوله في السنة التاسعة. «طلبة الطلبة» ص ٤٠، و«المصباح المنير» مادة: بزل، و «فقه اللغة» للثعالبي ص ١٢٨.

(٧) هو في اللغة: بين الجيد والرديء، وفي اصطلاح الفقهاء: عرّفه الكاساني نقلا عن الإمام محمد رحمه الله في المنتقى: الوسَط: "هو أن يكون أدون من الأرفع، وأرفع من الأدون"، فليس للساعي أن يأخذ خيار المال ولا رذالته، بل يأخذ الوسط، لأن مبنى الزكاة علي مراعاة الجانبين، وذلك في أخذالوسط، لما في أخذ الخيار من الإضرار بأر باب الأموال، وفي أخذ الأرذال من الإضرار بالفقراء، فكان نظرُ الجانبين في أخذ الوسط. «بدائع الصنائع» ٢/ ٣٣، و«المصباح المنير».

(١) أصحّ مافي الباب حديث معاذ رضي الله عنه في خبر إرساله إلى اليمن، وفيه من قوله عليه الصلاة والسلام: «أخبرهم أن الله فرض عليهم زكاة من أموالهم وتردّ في فقرائهم، فإذا هم أطاعوا بها فخذ منهم، وتوقّ كرائم أموال الناس» وفي رواية: "إياك وكرائم أموالهم"، أخرجه البخاري في الزكاة رقم ١٣٩٥و ١٤٥٨، و في المظالم رقم ٢٤٤٨، وفي المغازي رقم ٤٣٤٧، وفي التوحيد رقم ٧٣٧١، وأخرجه مسلم في الإيمان رقم ١٢١، وأخرجه أبو داود في الزكاة رقم ١٥٨٤، وأخرجه الترمذي في الزكاة رقم ٦٢٥، وفي البر والصلة رقم ٢٠١٤ وقال: هذا حديث

فإن كن عجافا ليس فيها ما يساوي بنت مخاض وسَط، ففيها شاة بقدرها، وطريق ذلك أن ينظر إلى قيمة بنت مخاض وسط، وإلى قيمة أفضلهن، فإن كانت قيمة أفضلهن خمسين، وقيمة بنت مخاض وسط مائة، ففيها شاة تساوي نصف شاة وسَط. وكذا لو كان التفاوت أكثر من النصف، أو أقلّ، فعلى قدر ذلك[1].

ولو كانت الإبل عشراً، أو خمس عشرة أو عشرين، فإن كان فيها بنت مخاض وسط، أو مايساوي بنت مخاض وسط، ففيها ما يجب[2] في السِّمَان، حتى لو كانت الإبل عشرين، وفيها بنت مخاض وسط، والباقي عجاف، يجب[3] فيها أربع شياه أوساط.

حسن صحيح، وأخرجه النسائي في الزكاة رقم ٢٤٣٤ و ٢٥٢١، وأخرجه ابن ماجه في الزكاة رقم ١٧٨٣.

وروي عن هشام بن عروة عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لمصدّقه: «لا تأخذ من حَزَرات أموال الناس شيئا، خُذ الشارف والبكر وذاتَ العيب» أخرجه أبو داود في مراسيله ١٠٤، والبيهقي ٤/ ١٠٢، وابن أبي شيبة في مصنفه ٣/ ١٢، والطحاوي ٢/ ٣٣، كلهم عن عروة مرسلا، ورجاله ثقات، وشاهده ما جاء في موطأ مالك: "مرّ عمر رضي الله عنه بغنم الصدقة، فرأى فيها شاة حافلا ذات ضرع عظيم، فقال عمر: ما هذه الشاة؟ فقالوا: شاة من الصدقة، فقال عمر: ما أعطى هذه أهلها وهم طائعون، لاتفتنوا الناس، لاتأخذوا حَزَرات المسلمين". أخرجه مالك ١/ ٢٦٧ حديث ٢٨ بسنده عن عائشة به، وأبو عبيد في الأموال ص ٤٠٣، ورواه ابن أبي شيبة ٣/ ١٢ عن عروة بدون ذكر عائشة.

(١) قوله: "فعلى قدر ذلك" ساقط من (ا) و(ب).

(٢) "ما يجب" ساقط من (ا) و(ب).

(٣) "يجب" ساقط من النسخ الأخرى.

وإن كان الكل عجافا، ينقص عن الواجب قدر نقصان أفضلهن عن بنت مخاض وسط.

وتفسيره ما ذكرنا، لأن في إيجاب السمينة في العجاف، إجحاف[1] بأرباب الأموال؛ لأن الشاة الوسط ربما تبلغ[2] قيمتها قيمة واحدة من العجاف، أو أكثر، وفي إخلاء المال عن [الواجب][3] إضرار بالفقراء، فكان النظر للجانبين فيما قلنا.

وإن كان الإبل خمسا وعشرين، وفيها بنت مخاض وسط، أو مايُساوى بنت مخاض وسط، ففيها بنت مخاض وسط، وإن لم يكن فيها بنت مخاض وسط، ولا ما يساوي[4] بنت مخاض وسط، فالواجب فيها[5] بنت مخاض مثل أرفعهنّ قيمةً؛ تقديرا للواجب بالنصاب.

وإن كان الإبل ستا وثلاثين حِقاقا، أو جذاعا، أو بوازل إلا أنها عجاف، فإن كانت قيمة كل واحدة منهن مثل قيمة بنت مخاض وسط، يجب فيها[6] بنت لبون وسط، وإن لم يكن فيها ما يساوي بنت مخاض وسط، ففيها بنت لبون بقدرها.

---

(١) أجْحَفَ السيل بالشيء: ذهب به، وأجحَفت السنة: إذا كانت ذات قحط، وأجحَفَ بعبده: كلّفه ما لايطيق، ثم استعير الإجحاف في النقص الفاحش. «المصباح المنير» و «القاموس المحيط» مادة: جحف.

(٢) كذا في الأصل، و في النسخ الأخرى: "تكون".

(٣) في الأصل: "الوجوب"، و في النسخ الأخرى: "الواجب"، وهو الصحيح.

(٤) وفي (ا): "أو مايساوى"، وما ثبت أصح.

(٥) "فيها" ساقط من النسخ الأخرى.

(٦) "فيها" ساقط من (ا) و(ب).

وتفسيره أن ينظر إلى قيمة بنت مخاض وسط، وإلى قيمة بنت لبون وسط، فإن كانت قيمة بنت لبون وسط، مثل بنت قيمة مخاض وسط، ونصف قيمة بنت مخاض وسط، ففيها بنت لبون تساوي قيمة[1] أفضلهنّ، ونصف قيمة التي يليها في الفضل، لم يكتف هنا بوجود واحدة تساوي بنت مخاض وسط؛ لإيجاب بنت لبون وسط، لأن في ستة وثلاثين لا يَجب بنت مخاض، وإنما يجب بنت لبون.

وربما يكون التفاوت بينهما يأتي على أكثر النصاب، فلا يجوز، بخلاف ما إذا كانت خمسا وعشرين؛ لأن ثمّة[2] الواجب بنت المخاض، فلا يؤدي إلى ما ذكرنا.

وفي العشرين الواجب أربع شياه، وفي الغالب قيمة أربع شياه، لايبلغ قيمة بنت مخاض. فوجوب أربع شياه بوجود بنت مخاض لايؤدي إلى أن يأتي الواجب على أكثر النصاب.

ذكر ههنا، وقال: إن كانت قيمة كل واحدة تساوي بنت مخاض، وذكر في آخر المسألة. وقال: لو كان في النصاب ثنتان، يَعدلان ابنتى مخاض، يجب فيها[3] بنت لبون وسط، وهذا يدل على أن وجود البنتَين يكفي، وما ذكر ثمّة وقع اتفاقا.

وإن كانت الإبل خمسين حقاقا، أو بوازل كلهن عجاف[4]، ليس فيها ما يساوي بنت مخاض وسط، يجب فيها حقّة بقدرها، وهو أن يُنظر إلى قيمة بنت مخاض

(١) "قيمة" ساقط من (ا) و(ب).

(٢) "ثمة" ساقط من (ا) و(ب).

(٣) "فيها" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) زاد في (ب): "ظهر عجاف".

وسَط[1]، وإلى قيمة حقّة وسط.

فإن كانت قيمة الحقّة الوسط ثمانين، وقيمة بنت مخاض وسط خمسين، كانت الحقة مثل بنت مخاض، [ومثل][2] ثلاثة أخماس بنت مخاض، فيجب في العجاف حقة تساوي قيمة أفضلهن، وثلاثة أخماس التي تَليها في الفضل.

وإن كانت قيمة الحقة الوسط تسعين، وقيمة بنت مخاض وسط خمسون، وفي الإبل بنت مخاض وسط تساوي خمسين، وأخرى تساوي ثلاثين، فالواجب فيها حقة تساوي أربعة وسبعين؛ ليكون مثل أفضلهن، وأربعة أخماس التي تليها في الفضل.

وإن كانت الإبل تساوي كل واحدة عشراً عشراً[3]، وفيها ثلاث، تساوي ثلاثين ثلاثين، وقيمة الحقة الوسط مائة، وقيمة بنت مخاض وسط خمسون، فالواجب حقة تساوي ستين؛ ليكون مثل الستّين من أفضلهن.

وإن كان فيها واحدة تساوي خمسين، وأخراوان[4] تساوي كل واحدة عشرين عشرين، وقيمة الحقة الوسط مائة وخمسون، وقيمة بنت مخاض وسط خمسون، فالواجب فيها حقة تساوي تسعين، ليكون مثل الثلاث من أفضلهن.

ولو كانت قيمة الحقة الوسط مائة، وقيمة بنت مخاض وسط خمسون، وفي إبله واحدة تساوي خمسين، وأخراوان تساوي كل واحدة عشرين عشرين، فالواجب فيها حقة

(١) قوله: "قيمة بنت مخاض وسط" ساقط من (ب).

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل.

(٣) كذا في الأصل، و زاد في (ا): "تساوي أربعة و سبعين"، وجاء في (ب): "تساوى كلها عشرة عشرة".

(٤) و في(ا): "أخريان".

تساوي سبعين، ليكون مثل الثُّنتين من أفضلهن.

وإن كانت الواحدة من الخمسين[1] بنت مخاض وسط، لايجب فيها حِقة وسط باعتبار هذه الواحدة، وكذا لو كانت في ستّ وثلاثين بنت مخاض وسط، لايجب فيها بنت لبون وسط بوجود تلك الواحدة؛ لأن فضل ما بين بنت مخاض إلى حقة وسط، وفضل ما بين بنت لبون وسط إلى بنت مخاض وسط، ربما يأتي على عامة النصاب، أو على أكثره إن كان الباقي عجافا، فوجوب الحقة الوسط في خمسين، ووجوب بنت لبون وسط في ست وثلاثين، بوجود بنت مخاض وسط[2]، يؤدّى إلى الإجحاف بأرباب الأموال.

بخلاف ما إذا كان الكلّ بنات مخاض أوساط؛ لأن فضل ما بين الحقة الوسط إلى بنت مخاض وسط، لا يأتى على كل[3] النصاب، ولا على أكثره غالبًا.

وإن كانت الإبل إحدى وستين، فإن كانت قيمة كلّ واحدة منهن مثل قيمة بنت مخاض وسط، أو أكثر[4]، ففيها جِذعة وسط، وإن كان الكل عجافا، ففيها جذعة بقدرها، وتفسيره ما ذكرنا.

وإن كان الإبل خمسين بنات لبون عجاف، إلا ثلاثا منهن[5]، فإن [كانت][6]

---

(١) "من الخمسين" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) سقطت العبارة من قوله: "فوجوب الحقة" إلى "بنت مخاض وسط" من (ا) و(ب).

(٣) "كل" ساقط من (ب).

(٤) كذا في الأصل و(ب)، وجاء في (ج) و(د): "وأكبرها".

(٥) "منهن" ساقط من (ا).

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل وثبت في النسخ الأخرى.

واحدة منهن وسط، تساوي سبعين وثنتان، قيمة[1] كل واحدة تساوي أربعين أربعين، ففيها حقة بقدرها.

وتفسيره أن يُنظر إلى قيمة حقة وسط، وإلى قيمة بنت مخاض وسط، فإن كانت قيمة الحقة الوسط مائة وخمسين، وقيمة بنت مخاض وسط[2] خمسون، كانت الحقة مثل[3] ثلاث بنات مخاض أوساط.

فإن كانت قيمة أفضلهنّ سبعين، فقد وجدنا بنت مخاض [وسط][4]، وخُمسَي بنت مخاض، يبقى بنت مخاض وثلاثة أخماس بنت مخاض، وعند عدم بنت المخاض يقوم أفضل النصاب من العجاف[5] مقام بنت المخاض، فيضمّ إليه واحدة من أفضلهن، وثلاثة أخماس التي تليها، وقيمة أفضلهن أربعون، وقيمة ثلاثة أخماس الأخرى أربعة وعشرون، إذا ضمّ إلى سبعين، يكون مائة وأربعة وثلاثين، فيجب فيهاحقة تساوي مائة وأربعة وثلاثين.

وإنما جعلنا بنت اللبون الوسط قائما مقام بنت مخاض، وخُمسي بنت مخاض؛ لأن بنت المخاض أصل، فلا يُزاد عليه، وإنما جعلنا بنت المخاض حكَما في مسائل الباب[6]،

(١) "قيمة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "وسط" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) "مثل" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وثبت في النسخ الأخرى.

(٥) عكس الترتيب في النسخ الأخرى ففيها: "أفضل العجاف من النصاب".

(٦) ذكر الإمام الكاساني هذه المسائل بالتفصيل، وعدّها من مسائل «الزيادات». انظر: «بدائع الصنائع» ٢/ ٣٤.

لأن أدنى السّن الذي يتناوله اسم الإبل في الشرع بنت مخاض[١].

ألا ترى أن النبي عليه السلام أوجَب الإبل في الدية[٢]، وما دون بنت مخاض لا يؤخذ في الدّية[٣]، فلا يعتبر نصابا، والزيادة على بنت المخاض عَفو في الزكاة، حتى أنه لايجب في الحقاق و الجذاع إلاّ ما يجب في بنات المخاض، فلهذا جعلنا بنت المخاض حكَما لمعرفة الواجب. والله أعلم.

---

(١) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، أنظر «الفتاوى الهندية» نقلا عن شرح الطحاوي. ١/ ١٧٧.

(٢) جاء في كتاب عمرو بن حزم: قال عليه الصلاة والسلام: «إنّ في النفس مائةً من الإبل» أخرجه النسائي في القَسامَة رقم ٤٨٧٢، كما رواه ابن حبان في صحيحه، انظر «نصب الراية» للزيلعي، ٢/ ٣٤٠، وروى عبد الله بن عَمرو، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا، وفيه مائة من الإبل، أربعون منها في بطونه أولادها» أخرجه النسائي في القَسامة، رقم ٤٨٠٥، وأبوداود في الديات رقم ٤٥٤٧، وابن ماجه في الديات رقم ٢٦٢٧.

(٣) يرجع للتفصيل: «بدائع الصنائع» ٧/ ٢٥٨.

باب زكاة الغنم العِجاف[1] والحملان

بني الباب على أصل مختلَف[2]: [وهو أن][3] المال إذا اشتمل على النصاب والعَفو، وهلك منها شيئ بعد الحَول، عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يُصرف الهلاك إلى العَفو[4]، فلا يسقط شيئ من الواجب، ويكون الواجب[5] متعلقا بالنصاب لا غير.

وعند محمد وزفر رحمهما الله الواجب متعلق بالكلّ، والهَلاك مَصروف إلى الكل، فيسقط[6] حصّة الهالك من الواجب[7].

---

(١) "العِجَاف": جمع أعجف، وهو المهزول، من العَجَف: وهو ذهاب السِّمَن والهزال. «المصباح المنير» و«لسان العرب» مادة: عجف.

(٢) وفي (ج) و(د): "مختلف فيه".

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وزيد من النسخ الأخرى.

(٤) "العَفو": أي الفضل، وهو ما زاد على النصاب، وقال الحصكفي: "هو ما بين النصب في كل الأموال"، وذكر ابن عابدين أن الصاحبين خصّا العفوَ بالسوائم دون النقود، لأن مازاد على مائتي درهم لا عفوَ فيه عندهما، بل يجب فيما زاد بحسابه، أما عند أبي حنيفة فإن الزائد عليها عفو ما لم يبلغ أربعين درهما. «ردّالمحتار» ٢/ ٢٠.

(٥) و في (ا) و(ب): "الوجوب".

(٦) وفي (الف): "وسقط".

(٧) "من الواجب" ساقط من (الف) و(ب).

ومتى اشتمل على النّصُب، وهلك منها شيئ بعد الحول، عند أبي حنيفة يُصرف الهلاك إلى النصاب الأخير[1]، فإن فَضُل يُصرف إلى الذي يَليه، ثمّ و ثمّ، حتى ينتهي إلى النصاب الأول[2]، ويجعل كأنّ الهالك لم يكن[3].

وعندهما[4] يصرف إلى الكلّ على الشّيوع.

وجه قول محمد و زفر: إن الأربعين، وما زاد عليه إلى أن يجب شاتان سبب واحد لوجوب شاة واحدة، إذ ليس البعض بأولى من البعض في جعله نصابًا[5]، ومعنى العَفو أن لايجعل الزائد على الأربعين سببا آخر؛ لوجوب شاة أخرى.

هذا كالآية الواحدة مع ما زاد عليها، إن اقتصر على آية واحدة، كان جواز الصلاة

---

(١) كذا في الأصل و (الف)، وفي (ج) و(د): "الآخر"، وهو تصحيف.

(٢) اختار الحصكفي قول الإمام أبي حنيفة رحمه الله، انظر «ردّالمحتار» ٢/ ٢٠، و«تبيين الحقائق» للزيلعي ١/ ٦٢٩.

(٣) قال الإمام السرخسي: الأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أن أول النصاب يجعل أصلا، وما بعده بناء وتبعا، فيجعل الهلاك فيما زاد على أول النصاب كأنه لم يكن في ملكه إلا أول النصاب، ، وعند أبي يوسف هو كذلك ما لم يأت نصاب آخر، فإذا أتى نصاب آخر فحينئذ يجعل آخر النصاب أصلا. «المبسوط» ٢/ ١٧٦.

(٤) أي عند الصاحبين، أبو يوسف ومحمد، لأن أبا يوسف مع محمد في المسألة الأخيرة، وهي إذا اشتمل المال على النصُب، ثم هلك منها شيئ، كما سيأتي.

(٥) فإن الزكاة وجبت شكرا لنعمة المال الذي يتحقق به الغنى، والكل بعد وجود النصاب نعمة، فيكون الوجوب في الكل، فما هلك يهلك بزكاته، ومابقي يبقى بزكاته، كالمال المشترك. «المبسوط» ٢/ ١٧٦، «فتح القدير» ١/ ٥١١.

متعلقا بها، وإن زاد عليها يكون الكل فرضا.

وكذا النصاب الثاني مع النصاب الأول، وإذا كان الكلّ سببا، كان الواجب[1] متعلقًا بالكل، فإذا هلك البعض سَقط بقدره.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن النصاب أصل، والعَفو تَبع، لأن النصاب يوجد بدون العفو، والعفو على النصاب لا يوجد بدون النصاب.

وكذا النصاب الثانى تَبع للنصاب الأول؛ لأنه لا يوجد بدونه، وَصرف الهلاك إلى التبع أولى، كمَال المضاربة، إذا هلك منها شيء، يُصرف الهلاك إلى الرّبح[2].

وأبو يوسف يقول: فيما إذا كان مشتملا على النصاب والعفو، يُصرف الهلاك إلى العفو؛ لـما فيه صيانة الواجب عن السّقوط، وفيما إذا[3] كان مشتملا على النصب، الكلّ سبب [وَاحد][4]، وليس في صرف الهلاك إلى البعض صيانة الواجب عن السقوط، فيُصرف إلى الكل

(١) و في النسخ الأخرى: "**الوجوب**".

(٢) وليعلم أن الخلاف بين الشيخين وبين محمد وزفر رحمهم الله في مسألة الباب مبنيّ على الخلاف بينهما في أن الزكاة تجب في النصاب، دون العفو عند الشيخين، وعند محمد وزفر تجب فيهما، ومسائل هذا الباب من ثمار هذا الخلاف. والمفتى به في المذهب قول الشيخين، وهو المختار في المتون، إلا أن كمال الدين ابن الهمام أيّد قول الإمام محمد، وقال: "قول محمد أظهر من جهة الدليل"، راجع للتفصيل: «المبسوط» ٢/ ١٧٦، «فتح القدير» ١/ ٥١٢، «تبيين الحقائق» للزيلعي ١/ ٦٢٨، «ردّالمحتار» ٢/ ٢٠، «الفتاوى الهندية» ١/ ١٨٠.

(٣) "إذا" ساقط من (ج) و(د).

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وزيد من بقيّة النسخ.

قال [محمد رحمه الله][1]:

رجل له أربعون شاة عجافا، فإن كانت واحدة منهن تَعدل ثنية سمينة، يجب فيها ثنية وسط، وإن لم تكن، ففيها شاة من أفضلها، لأنه كان فيها شاة وسط، يجب ذلك، فعند عدمها قام الأفضل من النصاب مقام الوسط[2].

وكذلك إن كانت مائة وعشرين، فإن زادت واحدة، وفيها شاة[3] ثنية وسط، تجب الوسط[4] تلك، وأخرى من أفضل العجاف إلى مائتين، فإن زادت واحدة، ففيها هذه السّمينة، و عَجفاوَان من أفضَل البواقي.

فإن هلكت هذه السمينة، فعند أبي حنيفة جعلت كأن لم تكن[5]، وحال الحول على مائتي شاة، فيجب في المال عَجْفَاوان.

وأما[6] عندهما: بهلاك السمينة ذهب فضل السمن، وجعل كأنّ الكل كانت[7] عجافا، ووجب فيها ثلاث شياه عجاف، فيسقط ثلاثة أجزاء من ثلاث شياه، كل شاة مائتي جزء وجزء، ويبقى الباقي.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبت من بقيّة النسخ.

(٢) وفي (ج) و(د): "الأوسط"، وهو خطأ.

(٣) "شاة" ساقط من بقيّة النسخ.

(٤) "الوسط" ساقط من النسخ الأخرى.

(٥) وفي (الف) و(ب): "يجعل كأنها لم تكن".

(٦) "أما" ساقط من (الف) و(ب).

(٧) "كانت" ساقط من النسخ الأخرى.

ولو هلك العجاف بعد الحول، وبقيت السمينة، عند أبي حنيفة رحمه الله يجعل الهالك كأن لم يكن؛ لأن عنده يُصرف الهلاك إلى النصب الزائدة أوّلاً، ثم إلى النصاب الأوّل، فصار كأنّه حال الحول على الأربعين، ثم هلك الكل إلا السّمينة، فتبقى حصّتها، وذلك[1] جزء من أربعين جزأ من شاة وسط، ويسقط الباقي.

وعندهما تبقي حصتها من كل الواجب، وكل الواجب سمينة وعجفاوان، كل شاة مائتا جزء وجزء، وحصّتها جزء من السمينة، وجزءان من العَجْفَاوَين.

رجل له أربعون شاة، عشرون سمان أو[2] أوسَاط، وعشرن عجاف، هلكت واحدة من السمان بعد الحول، بقي تسعة وثلاثون جزأ من أربعين جزأ من شاة وسط؛ لأن فضل السمن فيما زاد على الواحدة عفو، فصار كأنّ الكل سمان، وهلكت واحدة.

وكذا لو هلك عشر من السمان[3]، يبقى ثلاثة أرباع شاة وسط.

وعند محمد: إذا هلك عشرة من السّمان، كان في الباقي نصف شاة وسط، ورُبع شاة عجفا؛ لأن الواجب شائع في المال، فكان نصف السمينة في عشر سمان، وعشر عجاف، وذلك النصف باق، لم يتغيّر، فبقى الواجب فيه كما كان، والنصف الآخر في عشر سمان، وعشر عجاف، وذهب سمانه، وبقيت عجافه، وكان فضل السمن في عجاف هذا النصف بسبب سمان هذا النصف، فيبطل بهلاك السمان، فيبقى ربع شاة عجفا، كأنّ هذه العشرين كانت عجافا، والواجب فيها نصف شاة عجفا، فبهلاك العشرة سقط الربع، وبقي الربع.

---

(١) وفي النسخ الأخرى: "هو" مكان "ذلك".

(٢) وفي (الف): "أوساط" بدون أو، والأصح إثباته..

(٣) وفي (الف): "لو هلك من السمان عشر".

وإن هلكت سمينة واحدة، يضمّ إلى ما بقي من السمان مثلها من العجاف، وذلك تسعة عشر، فيصير ثمانية وثلاثين، فيجب فيها ثمانية وثلاثون جزأ من أربعين جزأ من سمينة، وفي العَجفاء الباقية جزء من أربعين جزأ من شاة عجفاء؛ لأن فضل السمن فيها، كان بسبب السمينة التي هلكت، فيبطل بهلاكها.

رجل له خمسون بنت مخاض عجفا إلا واحدةً سمينة، تَعدل خمسين درهما، وقيمة الباقي عشرة عشرة، وقيمة الحقة الوسط مائة، يجب فيها حقّة تساوي ستين درهما؛ لما ذكرنا.

فإن هلكت السمينة، جعلت[1] كأنها لم تكن عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنّ ما زاد على ستّ وأربعين عَفو، وعندهما يُصرف الهلاك إلى العفو، فتجب في الباقي حصة بقدرها. [2]فيجعل في الباقي بقدرها.

وعند محمد في الباقي تسعة وأربعون جزأ من خمسين، من الحقة الواجبة بقدر النصاب، ويبطل فضل السمن بهلاك السمينة، وجعل كأنّ الكلّ كان عجافا، والواجب عنده شائع في الكل، فيسقط جزء من خمسين جزأ من الحقة المقدرة بالنصاب[3]؛ لِما مرّ.

وإن هلك الكل إلا السمينة، ففيها خمس شياه وسط عند أبي حنيفة؛ لأن عنده الهلاك يُصرف إلى النصب الزائدة، فيجعل كأنّ الحول حال على خمس من الإبل، ثم هلك الكل إلا واحدة.

---

(١) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): "تجعل".

(٢) جاء في (ج) و(د): فيجعل في الباقي بقدرها.

(٣) سقطت العبارة من قوله: "وجعل كأن الكل" من (ا)و(ب).

وعند أبي يوسف، يجب جزء من ستة وأربعين جزأ من الحقة التي كانت تساوي ستين؛ لأن ما زاد على ستة وأربعين عفو، فلا يعتبر[1]، فصار كأنّه حال الحول على ستة وأربعين.

وعند محمد، يجب[2] فيها جزء من خمسين جزأ من الحقة التي كانت تساوي ستين؛ لما ذكر[3].

ـ والله أعلم ـ

(١) "لايعتبر" ساقط من (ا)و(ب)، وفي (ج) و (د): "لايضر"، وهو تصحيف.

(٢) "يجب" ساقط من (ا).

(٣) انظر «فتح القدير» فقد ذكر ابن الهمام مسائل هذا الباب مفصلا، ١/ ٥١٢ و ٥١٣.

باب من زكاة البقر والعَجَاجيل العجاف[1]

بنى الباب على ما تقدّم، أن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا تجب الزكاة في العَجَاجيل، وأدنى السِنّ الذي يتعلق به الزكاة في البقر تَبِيع، كابنة المخاض في الإبل[2].

[قال محمد رحمه الله][3]:

رجل ملَك ثلاثين تبيعا عجافا، وحال عليها الحول، ففيها تَبِيع من أفضلها؛ لما قلنا في الإبل.

وإن كانت أربعين، كلها عجاف، ففيها مسنة بقدرها.

وتفسيره: أن يُنظر إلى قيمة مسنّة وسط، وإلى قيمة تبيع وسط، فإن كانت قيمة التبيع لوسط أربعين، وقيمة المسنة الوسَط خمسين، ففيها مسنة مثل أفضلهن، ورُبع التي تَليها في الفضل، فإن كانت أفضلهن تساوي ثلاثين، والتي تليها عشرين، تجب فيها مسنة، تساوي خمسة وثلاثين، ليكون مثل أفضلهنّ، وربع التي تليها [في الفضل][4].

---

(١) وفي (ب): " والعجاف " بثبوت واو العطف.

(٢) جاء في «الفتاوى الهندية»: وأدنى السن الذي يتعلق به وجوب الزكاة في البقر تبيع في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، كذا في شرح الطحاوي، «الفتاوى الهندية» ١/ ١٧٧.

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وثبت في النسخ الأخرى.

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وزيد من النسخ الأخرى.

وإن كانت البقر ستين عجافا، فيها تبيع وسط، يُؤخذ ذلك الوسط، وأخرى من أفضلهن.

فإن هلك الكل بعد الحول إلا التبيع الوسط، يجب في الباقي[1] عند أبي حنيفة -جزء من ثلاثين جزأ من تبيع وسط؛ لأن ما زاد على النصاب الأول، عنده تَبع يصرف الهلاك إليه، فصار كأن لم يملك إلا ثلاثين، ثم هلك إلا واحدة[2].

وعند محمد في الباقي، جزء من ستين جزأ من تبيع وسَط و جزء من ستين جزأ من تبيع عجفا.

وكذلك عند أبي يوسف؛ لأن عنده في النّصُب يصرف الهلاك إلى الكل.

ـ والله أعلم ـ

---

(١) "في الباقي" ساقط من (ا).

(٢) «فتح القدير» ١/٥٠٦.

كتاب الأيمان[1]

باب اليمين بالعتق مايصدّق فيه المولى[2] وما لايصدق

مسائل الباب أقسام ثلاثة:

أحدها: أن يُوقع العتقَ[3] بلفظ عام، ويستثني البعض بصفة، ثم يدّعي وجود تلك

---

(١) "الأيمان" جمع يمين، وهولغة: القوة، ومنه استعير لليد اليمنى، لأن فيها قوة، ثم أطلق اليمين على الحلف، لأنهم إذا تحالفوا ضرب كل امرئ منهم يمينه على يمين صاحبه تأكيدا لما عقدوا، ، فسمّي القَسَم يمينا لاستعمال اليمين فيه، واليمين شرعا: تقوية أحد طرفي الخبر بذكر اسم الله تعالى أو التعليق، واليمين بغير الله ذكرُ الشرط والجزاء، وعرّفها الحنفية بأنها: عبارة عن عقد قوي بها عزم الحالف على الفعل أو الترك، وسمّي هذا العقد بها لأن العزيمة تتقوى بها. راجع: «معجم مقاييس اللغة» لابن فارس ٦/ ١٥٨، «التعريفات» ص٣٣٢، «أنيس الفقهاء» للقونوي ص ١٧١، «طلبة الطلبة» ص ١٤١، «تبيين الحقائق» ٣/ ١٠٧.

(٢) كذا في الأصل، ولفظ "المولى" ساقط من بقيّة النسخ.

(٣) "العتق": الحرية، وكذلك العِتاق، وفي «المغرب»: العتق: الخروج عن المملوكية، يقال: عَتِق العبدُ عتقا وعَتاقا وهو عتيق، وهم عُتقاء، وأعتقه مولاه، وقد يقام العتق مقام الإعتاق، والعتق في الشرع: هو إثبات القوة الشرعية التي يصير بها المعتَق أهلا للشهادات والولايات قادرا على التصرف في الأغيار، وعلى دفع تصرف الأغيار عن نفسه، كذا في «درر الحكام في شرح غرر الأحكام» لملا خسرو ٢/ ٢، وانظر «المغرب» ٢/ ٤١، «أنيس الفقهاء» ص ١٦٨، «تبيين الحقائق» ٣/ ٦٦.

الصّفة في البعض. وهو على وجهين:

إن كانت الصفة أصليّة، أو عارضَة ظاهرة، كان القول قوله[1]؛ لكونه متمسكا بالأصل، أو لكون الظاهر شاهدا له[2].

وإن كانت الصفة عارضة خفية لايُقبل قوله؛ لأن ظاهر الإيجاب تناولَه، فهو يريد[3] بهذه الدعوى إبطال العتق الثابت ظاهرًا، بأمرٍ باطنٍ لم يُعرف ثبوته، فلايصدق.

والقسم الثاني: أن يكون الإيجاب مضافا إلى موصوف بصفة[4]، بأن يكون المفرد بالصفة مقدّما على لفظة الإيقاع، ثم ينكر ذلك الوصف في البعض، وفي هذا، القولُ قولُه، سواء كانت الصفة أصلية، أو عارضة[5]؛ لأن الإيجاب لم يتناول إلا موصوفا بصفة، فإذا أنكر تلك الصفة، فقد أنكر الإيجاب.

والثالث: أن يكون الإيقاع معلّقا بنفي فعل، أو صفة[6]، وفي هذا، القولُ قوله،

---

(١) أي قول المعتِق، بكسر التاء.

(٢) عبّره الإمام الكرخي في رسالته القيّمة التي تعدّ من أول مصادر القواعد الفقهية بقوله: «الأصل أن من ساعده الظاهر فالقول قوله، والبينة على من يدّعي خلاف الظاهر». «أصول الإمام الكرخي» ص١٦١، مطبوع في آخر «تأسيس النظر» للدبوسي. وفي «شرح السير الكبير» للسرخسي: "القول قول من يتمسّك بالأصل مع يمينه". ١/ ٢٣١.

(٣) "يريد" ساقط من (ا) و(ب).

(٤) كأن يقول: "كل جارية لم تلد فهي حرّة"، وسيأتي بيانه.

(٥) وفي (ا) و(ب): "أو عارضية".

(٦) كأن يقول: "كل جارية لي إن كانت لم تلد مني فهي حرّة"، أو يقول: كل جارية لي إن كنت لم

[سواء][1] قَدّم الصفةَ، أو أخّر؛ لأن منكر الشرط يكون منكراً للإيجاب.

أمّا القسم الأول:

قال محمد رحمه الله:

لو قال: "كلّ جارية لي، فهي حُرّة، إلاأمهات أولادي"، عتقن إلا أمّهات أولاده، لأن المستثنى خارج عن الإيجاب، فإن قال لجارية: "هذه أمّ ولدي"[2] و أنكرت الجارية، لم يُصدّق، لأنها دخلت تحت قوله: "كلّ جارية لي"، وهذه صفة عارضة لم يُعرف ثبوتها، فهو بهذه الدعوى يريد إبطال العتق الثابت من جهة الظاهر[3]، فلايُصدّق.

وكذلك لو كان مع كل واحدة منهنّ أولاد، لايُصدق المولى؛ لأن الولَد قد يكون من المولى[4]، وقد يكون من الزوج.

فإن قيل: وجود الولد دليل على صدق مَقالته، ألاترى أن المريض مرض الموت[5]، إذا أقرّ بالاستيلاد[6] في جارية، إن كان معها ولد، يعتبر من جميع المال، وإن

أشترها من فلان فهي حرة، وسيأتي بيان هذا القسم.

(١) "سواء" ساقط من الأصل و من (ا) و(ب)، وأثبت من (ج) و (د).

(٢) "أم الولد": هي الأمة التي أتت بولد من السيد، فادّعاه بأن قال: هذا الولد ابني، فإنه يثبت نسبه منه، و تصير الأمة أم ولد، ولايجوز بيعها، وإنما تعتق بموت السيد. «بداية المجتهد» ٢/ ٣٦٠.

(٣) وفي (ا) و(ب): "ظاهرا" بدل "من جهة الظاهر".

(٤) وفي بقيّة النسخ: "قد يكون منه".

(٥) "مرض الموت" ساقط من (ب). و"مرض الموت": هو المرض الذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور، ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث، ويتصل به الموت قبل مرور سنة من بدئه، سواء كان ملازما للفراش أو لم يكن، وإذا

لم يكن معها ولد، يعتبر ذلك[1] من ثُلث المال، بمنزلة الإعتاق.

قلنا: وجود الولد إن كان شاهدا للمولى، فكون الاستيلاد عارضًا[2] شاهد للجارية، فوقع التعارض، فلايَثبُت الاستيلاد، فبقيَ العتق واقعاً بعموم الإيجاب، وفي مسألة[3] المريض، وقع التعارض على الوجه الذي ذكرنا[4]، وحقّ الوارث لم يكن متعلقا بها، فلايتعلق بالشك، والاعتبار من الثلث لحقّ الوارث.

وإذا عتقت الجارية[5]، ثبت نَسب الأولاد من المولى؛ لأنه ادّعى نسب ولد مملوك له، فيثبت[6]، وليس من ضرورة ثبوت النّسب أميّة الولد، كما في ولد المغرور.

امتدّ مرضه وكان دائما على حال واحد، ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح، ما لم يشتدّ مرضه ويتغيّر حاله، أما إذا اشتد مرضه وتغيّر حاله وتوفّي قبل مضي سنة فيعدّ مرضه اعتبارا من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت. وهذا هو مراد فقهاء الحنفية عند إطلاق كلمة "المريض" أي الذي هو في مرض الموت، وكذلك كلمة "الصحيح" أي الذي هو ليس في مرض الموت، وإن كان مريضا بمرض آخر. راجع «مجلة الأحكام العدلية» مادة: ١٥٩٥، «فتح القدير» ٣/ ١٥٥، «الفتاوى الهندية» ١/ ٣٥٢.

(٦) "الاستيلاد": جَعل الأمَة أمّ ولد، «طلبة الطلبة» ص ١٣٥.

(١) "ذلك" ساقط من (ا) و(ب).

(٢) وفي (ا) و(ب): "عارضيا".

(٣) كذا في الأصل و (ا) و(ب)، وفي (ج) و(د): "وفي مثله" وهو خطأ.

(٤) قوله: "على الوجه الذي ذكرنا" ساقط من (ا) و(ب).

(٥) "الجارية" ساقط من (ا) و(ب).

(٦) "فيثبت" ساقط من (ا) و(ب).

وكذا من باع جاريةً، فولدت عند المشتري لأقلّ من ستة أشهر، فأعتق المشتري الجارية، ثم ادّعى البائع نسب الولد، ثبت النسب [منه]، ولاتَصير الجارية أمّ ولد له.

فإن كان المولى ادّعى نسب الأولاد قبل الخصومة، وقد علم ذلك منه، ولكنّه لايدرى أنه ادّعى قبل اليمين، أو بعده[1]، فقالت الجارية: كانت الدعوة[2] بعد اليمين، وقال المولى: كانت قبل اليمين، فالقول قوله.

لأن الدعوة حادثة، واليمين حادث[3]، والأصل في الحَوادِث أنه إذا لم يعلم التاريخ، يجعل كأنّهما وُجدا معًا[4].

و لو تصوّر وقوعُهما[5] معًا، كان الاستيلاد أولى، فيكون مقدمًا، كجارية بين رجلين، أعتقها أحدهما، واستولدها الآخر، كان الاستيلاد أولى؛ لأنه يستند إلى وقت

---

(١) وفي (ا) و(ب): "بعدها".

(٢) وفي (ب) "الدعوى".

(٣) وفي (ا) و(ب): "حادثة".

(٤) يترتب على هذه القاعدة تقرير بعض الأحكام الشرعية، فإذا حدث أمران مشتركان بين اثنين أوأكثر، ولايعلم أيّهما أسبق منهما، فيجعلا كأنهما وقعا معا في وقت واحد، ولم يتقدّم أحدهما على الآخر.
قرّر الإمام السرخسي هذه القاعدة بصيغة تالية: «الأصل أن كل أمرين ظهرا ولايعرف التاريخ بينهما، يجعل كأنهما وقعا معا» ثم فرّع عليه بأن الأب والابن إذا غرقا جميعا في سفينة أو وقَع عليهما بيت، ولايعلم أيّهما مات أولا، لم يرث واحد منهما صاحبه. راجع «المبسوط» ١٦/ ١٥٦.

(٥) وفي (ب) "وجودها".

العُلوق[1]، والعتق يقتصر، كذلك هنا، فإن لم يكن له جارية[2] إلا أمّهات أولاده، صحّ الاستيلاد[3].

ولايقال: بأن هذا استثناء الكلّ من الكلّ[4]، لأنّا نقول: الباطل استثناء الكل لفظًا، لا حالاً وحكماً، وهذا استثناء الكلّ[5] حالا وحكماً[6].

فإنه لو كان له جَوارٍ غيرَهن، كان اللفظ متناولا لتلك الجواري، فإنما لم يتَناول غيرَهنّ ههنا لمكان العدم، لا لأجل اللفظ.

هذا[7] كما لو قال: "نسائي طَوالقِ إلافلانة وفلانة، وفلانة"، وليس له امرأة

---

(١) "لعُلوق": علِقت المرأة بالولد، حبِلت، والمصدر: العلوق. «المصباح المنير» مادة: علق.

(٢) لفظ: "جارية" ساقط من بقيّة النسخ.

(٣) وفي(ا) و(ب) "الاستناد" بدل "الاستيلاد"، وهو تصحيف.

(٤) الأصل أن الاستثناء: تكلّم بالحاصل بعد الثنيا، كأنه تكلم بالمستثنى منه، فيصح استثناء البعض من الجملة، لأنه يبقى التكلم بالبعض بعده، ولا يصحه استثناء الكل من الكل، لأنه لايبقى بعده شيئ ليصير متكلما به ويصرف اللفظ إليه. «الهداية» بشرح «فتح القدير» ٣/ ١٤٨.

(٥) وزاد في (ب) "من الكل".

(٦) بيّنه الإمام السرخسي بالمثال: بأنه لو قال: "عبيدي أحرار إلا عبيدي"، لم يصح الاستثناء، ولو قال: "إلا هؤلاء"، وليس له سواهم، صحّ الاستثناء، لأنه يتوهّم بقاء شيئ وراء المستثنى، يجعل الكلام عبارة عنه هنا، ولا توهّم لمثله في الأول، وكذلك الطلاق على هذا، فعرفنا أن الاستثناء تصرف في الكلام، لا في الحكم. راجع للتفصيل «أصول السرخسي» ٢/ ٣٩.

(٧) "هذا" ساقط من (ا) و(ب).

سِواهنّ، يصحّ الاستثناء[1].

وكذا لو قال: "أنت طالق أربعًا إلاثلاثا"، صحّ[2] الاستثناء، وتَقع واحدة، وإن كان الطلاق لايزيد على الثلاث،[3] كذلك ههنا.

ولو قال: "كل جارية لي، فهي حُرّة، إلاجارية ثيّبا"، ثم قال: "هذه ثيّب"، وأنكرت، لايصدّق؛ لأن البكارة أصل، فكان العتق واقعا بحكم الأصل، فلايصدق في صَرفِ العتق الواقع من حيث الظاهر[4].

لكنّ القاضي يُريها النساء، فإن قلن: هي بكر، عتقت، لابشهادة النساء؛ لأن الاستثناء لم يثبت، وإن قلن: هي ثيّب، لم تعتق، لأن هذا ما لايطّلع عليه الرجال، فيقبل

---

(١) نقل البابرتي عن صاحب «الهداية» في زياداته أن استثناء الكل من الكل إنما لا يصح إذا كان بعين ذلك للفظ، وأما إذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وإن كان استثناء الكل من الكل من حيث المعنى، فإنه لو قال: "كل نسائي طوالق إلا كل نسائي" لا يصح الاستثنا، بل يطلقن كلهن، ولو قال: "كل نسائي طوالق إلا زينب وعمرة وبكرة و سلمى" لا تطلق واحدة منهن وان كان هو استثناء الكل من الكل، وهذا لأن الاستثناء تصرف لفظي، فيصح فيما صح فيه اللفظ. «العناية» ٣/ ١٤٨.

(٢) وفي (ا) و(ب): "يصح".

(٣) أصله أن الاستثناء تصرف في اللفظ أولا، ويستتبع الحكم على ذلك التقدير، لا في الحكم ابتداءً، فلو أوقع أكثر من الثلاث ثم استثنى، كان الاستثناء من الكل، ولهذا لو قال: "أنت طالق أربعا إلا ثلاثا"، تقع واحدة، أو "عشرة إلا تسعة"، طلقت واحدة، أو "خمسا إلا واحدة"، يقع الثلاث. انظر «فتح القدير» ٣/ ١٤٩.

(٤) وفي (ا) و(ب): "ظاهرا" مكان "من حيث الظاهر".

فبه شهادة النساء، الواحدة و الثّنتان فيه سواء، ولم يذكر يمين المولى.

قال الفقيه أبو بكر البلخي[1] رحمه الله: هذا الجواب [على][2] قولهما؛ لأن عندهما شهادة النساء فيما لايطّلع عليه الرجال حجّة مطلَقة، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله: شهادة النساء[3] لاتكون حجّةً إلا إذا تأيّدت بمؤيّد كالحَبل الظاهر وغيره،[4] فلابدّ من يمين المولى هنا، حتى يكون حجّة.

و[هذا كما][5] ذكر في «الجامع»[6]: إذا اشترى جارية على أنها بكر، فادّعى المشتري قبل القبض أنها ثيّب، فإن القاضي يريها النساء، فإن قلن: "إنها بِكر"، لاتردّ،

---

(١) هو محمد بن أحمد أبو بكر الإسكاف البلخي، إمام كبير جليل القدر، أخذ الفقه عن محمد بن سلمة عن أبي سليمان الجوزجاني، وتفقّه عليه أبوبكر الأعمش محمد بن سعيد و أبو جعفر الهندُواني، ونقل اللكنوي عن الفقيه أبي الليث السمرقندي في آخر النوازل أن وفاته كانت سنة ٣٣٣.

ترجمته في: «الطبقات السنية» برقم ٢٧٩٨، و«الجواهر المضية» ٣/ ٧٦، و٤/ ١٦، و«الفوائد البهية» ص ١٦٠.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ب).

(٣) "شهادة النساء" ساقط من (ا) و(ب).

(٤) يرجع لتفصيل ذلك إلى «فتح القدير» ٣/ ٣٠٦، ٣٠٧، و «المبسوط» ١٦/ ١٤٢.

(٥) العبارة في الأصل: "وصار هذا نظير مسألة"، وما أثبت، من النسخ الأخرى.

(٦) يقصد «الجامع الكبير» من أدقّ مصنفات لإمام محمد رحمه الله وأعمقها، أنظر المسألة التي أحال إليه الشارح في "باب البيع الذي يكون فيه الشرط، الذي يكون القول فيه قول البائع أو المشتري"، ص ٢٢٦.

وإن قلن: "إنها ثيب" يحلف المولى عند أبي حنيفة، كذلك هنا.

وإن أشكل على النساء حالها، فهي حُرّة، لاسبيل عليها[١]؛ لأن الاستثناء لم يثبت، فبقي العتق واقعًا بحكم الأصل.

وإن كانت ثيبا وقت الخصومة، فقالت: كنتُ بكرا وقت اليمين، وقال المولى: كانت[٢] ثيبًا وقت اليمين، فالقول قول المولى؛ لأن الثيابة ثابتة في الحال، ووقع الشك في الماضي، فيجعل الحالُ حكما، كربّ الطاحونة مع المستأجر، إذا اختلفا في جرَيان الماء وانقطاعه، يجعل الحال حكما[٣].

وإن كانت المرأة متمسّكة بالأصل، وهي البكارة، لكن تمسّك الجارية بالأصل[٤] لاستحقاق العتق، و تمسّك المولى بظاهر الحال[٥] لدفع العتق، والظاهر يَصلَح حجة للدفع، دون الاستحقاق[٦].

---

(١) "لا سبيل عليها" ساقط من (ا) و(ب).

(٢) وفي (ب): "لا بل كانت.

(٣) "يجعل الحال حكما" ساقط من (ا) و(ب).

(٤) وفي النسخ الأخرى: "لكن تمسكت به"، وهو خطأ.

(٥) كذا في الأصل، وفي النسخ الأخرى: "والمولى تمسك بالظاهر"، وما ثبت أولى.

(٦) هذه القاعدة متفرعة من قاعدة فقهية أصولية: «الأصل بقاء ما كان على ما كان» «المجلة» مادة: ٥، وهذا الأصل يسمّى: "الاستصحاب" أي الذي ثبت على حال في الزمان الماضي ثبوتا أو نفيا، يبقى على حاله، ولايتغيّر ما لم يوجد دليل يُغيّره، ومن القواعد الشرعية العامة أن الاستصحاب حجّة دافعة لا حجة مُثبتة، فالمفقود الذي غاب عن بلده ولايُعرف خبره أنه حيّ أو ميّت، لايكون استصحاب حياته حجةً ملزمةً للإرث من غيره، وفي قوله: "يصلح حجة للدفع"

وكذا لو قال: "كلّ جارية لي، فهي حرّة، إلا جارية خبّازة"، ثم قال: "هذه خبّازة"، أو قال: "إلا جارية اشتريتُها من فلان"، أو "جارية وطئتها البارحة"، ثم ادعى الشّراء، والوطء في البعض، وأنكرت الجارية، كان القول قول الجارية؛ لأنه استثنى بصفة عارضة[1]، فكان الإيجاب متناولا لها بقضية الأصل[2].

ولو قال: "كل جارية لي، فهي حرة، إلا جارية خُراسانية"، ثم قال: "هذه خراسانية"، كان[3] القول قوله؛ لأن الخراسانية من يكون مولدها بخُراسان، وهذه صفة أصلية، والاستثناء تكلّمٌ بالباقي بعد الثنيا، فكما لايُعلم[4] أنها خراسانية، حتى تدخل

تلميح إلى صلة هذه القاعدة بالقاعدة الأساسية: «اليقين لايزول بالشك» ولذا عبّره العلامة الأخلاطي في «التيسير بمعاني الجامع الكبير» بقوله: الأصل أن الثابت بالاستصحاب يصلح للدفع، لا للاستحقاق، لأن الثابت لايزول بالشك، وغير الثابت لايثبت به. مخطوط بالمكتبة المحمودية، المدينة المنورة، رقم ٩٦٢، ق ١٦٨، وهذه القاعدة كثيرة الدوران على ألسنة الفقهاء، وتكرر ذكرها في مواضع من الشرح، كما في ص ٣٥ و٩٨٦ و ٩٠٩ و ٩٩٧، وذكرها قاضي خان في ص٥١٩ بصيغة أخرى: "التمسك بالظاهر يصلح للدفع، لا للإيجاب"، وانظر: «المبسوط» ٥/ ٥، ٨، ٦٧، ٩/ ١٧١، ١٤/ ١٦٣، ١٥/ ١٨٤، «فتح القدير» ٧/ ٣٤٠ «غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر» للحموي، ١/ ٢٤٢، «درر الحكام» ١/ ٢٠، «شرح المجلة» للأتاسي، ١/ ٢٠.

(١) وفي (ا) و(ب): "عارضية".

(٢) وفي (ا): "بصفة الأصل".

(٣) "كان" ساقط من (ا) و(ب).

(٤) وفي (ا): "لا نعلم".

تحت الاستثناء، لايُعلم[1] أنها غير خراسانية، حتى تدخل تحت الإيجاب، بخلاف ما إذا كان الاستثناء بصفة عارضة[2]؛ لأن ثمّة[3] الإيجاب متناول لها، ما لم يثبت الاستثناء.

أما هنا بخلافه، إليه أشار محمد في الكتاب[4]، فقال: الجَوَاري أبكار حتى يُعلم[5] غير ذلك، والجواري لم يلدن حتى يعلم أنهنّ قد وَلَدن، ولست أدري أخراسانيات أم غير خراسانيات.

ولو قال: "كلّ جارية لي، فهي حُرة إلا جارية هي بكر"، ثم قال: "هذه بكر" كان القول قوله؛ لأن البكارة صفة أصلية، ولم يذكر هنا رؤية النساء؛ لأنهنّ وإنْ شهِدت بالثيابة، كان للمولى أن يقول: كانت بِكرًا وقت اليمين، ويُقبل قوله، فلاتفيد شهادة النساء.

فإن اختصما إلى القاضي، وهي ثيّب، فقال المولى: صارت ثيّبا بعد اليمين، وقالت: كنتُ ثيباً وقت اليمين، فالقول قوله، ولايُجعل الحال حكما[6]، بخلاف ما تقدم؛ لأن هنا الحال شاهد للجارية، وحاجتها إلى الاستحقاق، والحال لايصلح حجةً للاستحقاق[7]، وفيما تقدم الحال شاهد للمولى، وحاجته إلى الدفع، ويصلح الظاهر[8]

(١) وفي (ا) و(ب): "عارضية".

(٢) وفي (ا) و(ب): "عارضية".

(٣) "ثمة" ساقط من (ا) و(ب).

(٤) أي: «كتاب الزيادات».

(٥) وفي (ا): "حتى نعلم".

(٦) كذا في الأصل، وف بقيّة النسخ: "ولايحكم الحال".

(٧) تقدم تعليقا بيان هذه القاعدة بالتفصيل في هذا الباب ص ١٦٤.

شاهدا له.

ألاترى أن صاحب اليَد في الدار، لايستحق الشفعة بيده، ما لم يقم بالبينة على الملك.

وكذلك مسلم مات، فجاءت امرأته مسلمة، وقالت: كنتُ نصرانية، وقد أسلمت قبل موته، وقالت الوَرثة: لا، بل أسلَمَتْ بعد موته، فالقول قول الورثة، ولايجعل الحال شاهدا لها.

وبمثله كافر مات، فجاءت امرأته مسلمة، وقالت: أسلمت بعد موته، وقالت الورثة: بل أسلمت قبل موته، فالقول قول الورثة؛ لأن حاجتهم إلى دفع[1] الاستحقاق، فصلح الظاهر شاهدا لهم[2].

وكذا لو قال: "إلاجاريةً لم أطأها البارحة"، أو "جاريةً لم أشترها من فلان"، ثم قال: "هذه[3] لم أشترِها من فلان"، و[4]"لم أطأها البارحة"، لأن الأصل عدم الشّراء، أو عدم الوطء، فكان القول قوله.

---

(٨) وفي (ا) و(ب): "والظاهر يصلح".

(١) كذا في الأصل، ولفظ: "دفع" ساقط من (ج) و(د)، والصواب ثبوته، فلايستقيم الكلام بدونه، والورثة هم الدافعون في المسألتين.

(٢) المسائل الثلاثة السابقة، الحكم فيها مبني على قاعدة: "الظاهر يصلح حجة للدفع دون الاستحقاق".

(٣) "هذه" ساقط من (ج) و(د).

(٤) وفي (ا) و(ب): "أو لم أطأها البارحة".

وأما القسم الثانى :

إذا قال : "كل جاربة لم تلد، فهي حُرة" ، أو قال : "كل جارية لي غير خبّازة ، فهي حرة" ، ثم قال : "هذه خبّازة" ، أَو ["لم تلد مني"][1] كان القول قوله ؛ لأنه ما أوجب العتق على وجه العموم ، وإنما أوجب العتق[2] الموصوف بصفة ، وكان الإيجاب معلّقا بوجود ذلك الوصف ، فإذا أنكر ذلك [الوصف][3] ، فقد أنكر الشرط ، فكان القول قوله[4].

وكذا إذا قال : "كل جارية لي لم أطأها البارحة" ، ثم قال : "وطئتُ الكلّ" ، كان القول قوله ، من أصحابنا رحمهم الله مَن قال : هذا إذا تصوّر وطء الكلّ في ليلة واحدة ، وإن كان لايتصور لكثرتهن ، لايُصدق إلا أنا نقول : ذلك متصوّر ، وإن كثُرت بأن يولِج في كل جارية ، وينزل في آخرهنّ ، وكذا لو قال : "كل جارية لي لم أشترها من فلان" ، ثم قال : "هذه اشتريتها من فلان" ، قُبل قوله ، لما ذكرنا .

وأما القسم الثالث :

إذا قال : "كّل جارية لي ، فهي حرّة ، إن كانت لم تلد منى" ، أو أخّر الحريّة ، فقال : "كل جارية لي ، إن كانت لم تلد مني ، فهي حرّة" ، أو قال : "كل جارية لي إن كنتُ لم أشترها من فلان ، فهي حرة" ، ثم قال : "هذه ولدَت مني ، وهذه اشتريتُها من فلان" ، قُبل

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل ، وثبت في النسخ الأخرى .

(٢) "العتق" ساقط من بقيّة النسخ .

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ب) .

(٤) والضابط فيه ما ذكره ابن نجيم في «الأشباه» : "وَصفُ الشرط كالشرط" ، يعني أن وصف الشرط يُراعى كما يراعى أصله ، انظر «غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر» للحموي ، كتاب الأيمان ، ٢/ ٢١٦ .

قوله.

لأن هذا تعليق صريحًا، فيكون القول قوله، سواء قَدّم الشرط، أو أخّر؛ لأن المعلّق بالشرط، عدمٌ قبل الشرط، فإذا أنكر الشرط، كان القول قوله، سواءٌ كانت الصفة أصليّة، أو عارضة[1].

ـ والله أعلم ـ

(١) وفي (ا) و(ب): "عارضية".

باب اليمين التي تقع على بعض ما حلَف دون بعض

في الباب فصلان: فصل في الشراء، وفصل في المَس[1].

والأصل فيه: أن اليمين يُحمَل على المتَعارَف[2].

---

(١) أي حلف: "أن لا يمسّ شيئ فلان"، ثم إن الشارح قسّم الباب هنا إلى فصلين، لكنه لم يقسّم مسائل الباب عليهما بعد ذلك، كالنهج المعتاد عنده في الشرح، وليس في الفصل الثاني إلا مسألة واحدة ذكرها الإمام محمد رحمه الله في آخر هذا الباب ص ٣١٥.

(٢) عند الفقهاء الحنفية الأيمان مبنية على العُرف والعادة، لا على المقاصد والنيات، لأن غرض الحالف، هو المعهود المتعارف عنده، فيتقيّد بغرضه، وبيّنوا هذا بضابطين:

الأول: "الأيمان مبنية على العرف"، وهذا ما عبّره قاضي خان في فاتحة الباب: بأن "الأيمان يحمل على المتعارف" وذكره ابن نجيم والزيلعي بزيادة: "لا على الحقائق اللغوية".

والثاني: "الأيمان مبنية على الألفاظ، لا على الأغراض".

و يلاحظ نوع من اللبس والمنافاة بين هذين الضابطين ظاهرا، فأجاد العلامة ابن عابدين في التفسير والتطبيق بينهما، فقال في رسائله: كلّ من هاتين القاعدتين مقيّدة بالأخرى، فقولهم: "الأيمان مبنية على العرف" معناه العرف المستفاد من اللفظ، لا الخارج عن اللفظ اللازم له. وقولهم: "الأيمان مبنية على الألفاظ لا الأغراض" معناه الألفاظ العرفية، وإذا تعارض الوضع الأصلي للكلمة والوضع العرفي ترجّح الوضع العرفي. وقال في «ردّالمحتار»: لاتنافي بين القاعدتين كما يتوهّمه كثير من الناس، حتى الشرنبلالي، فحمل الأولى على الديانة، والثانية على القضاء. فليراجع للتفصيل: «رسائل ابن عابدين» ١/ ٣٠٤، «ردّالمحتار» ٣/ ٧٢، «تبيين الحقائق» ٣/

قال محمد رحمه الله:

رجل حلف بطلاق، أو عتاق، أن لايشتري ذهَبا، أو فضّة، فاشترى الدنانير بالدراهم، أو اشترى الدراهم بالدنانير، لايحنَث، لأن شراء الدراهم [والدنانير][1]، لايسمى شراء الذهب والفضة في العُرف، ألاترى أن بائع هذه الأشياء، لايسمى بائع الذهب والفضة في العرف، بل يُسمى صَيْرَفيّا[2]، فكذلك المشتري؛ لأن البيع يقوم بهما[3].

وعن أبي يوسف أنه يحنث[4]؛ لأنه اسم جنس، ويدخل تحت قوله عليه السلام: «في عشرين مِثقال ذَهَب نصف مثقال»[5].

١١٠، «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ١٠٦ و ٢١٥

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

(٢) صَرَفتُ الذهبَ بالدراهم: بعتُه، واسم الفاعل منه صَيرَفيّ، وصرّاف للمبالغة، وقال ابن فارس: "الصرف": فضل الدرهم في الجودة على الدرهم، ومنه اشتقاق الصيرفي والصرّاف لتصريفه بعض ذلك في بعض. «المصباح المنير» مادة: صرف، ص ٣٣٨، «طلبة الطلبة» ص ٢٣٤.

(٣) ولذا قال العتّابي في أصل هذا الباب: إن الشراء معتبر بالبيع، لأنه تباعه، فكل مَن سمّي "بائعا لشيء" فالمشتري يسمى "مشتريا لذلك الشيء"، وإلا فلا. «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ١٣.

(٤) «بدائع الصنائع» ٣/ ٨١، «الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٤٥٠.

(٥) تمام الحديث ماروَاه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: قال رسول الله صلي الله عليه وسلم: «ليس فيما دون مائتي درهم شيء، ولا فيما دون عشرين مثقالا من الذهب شيء، وفي المائتين خمسة دراهم، وفي عشرين مثقالا ذهبا نصف مثقال».

وجه ظاهر الرواية: العُرف[1]، ألاترى أن من حلف لايشتري شَعرا، فاشترى جارية، لها ذوائب شَعر، لايحنث؛ لما ذكرنا.

وكذا لو اشترى داراً[2] في سَقفها سَبائك[3] ذهب أو فضة، لايحنث؛ لأن بائعه يسمى بائع الدار، فكذلك المشتري.

ولو اشترى نُقرة[4] فضة، أو سَبيكة ذهب، أو تبرا، أو قُلْبا[5] من ذهب أو فضة،

أخرجه أبو أحمد بن زنجويه في كتاب الأموال من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، كما في «نصب الراية» ٢/ ٣٦٩، وقال الحافظ ابن حجر في «الدراية في تخريج أحاديث الهداية»: إسناده ضعيف. ١/ ٢٥٨.

(١) سبب الخلاف أن الإمام أبايوسف يعتبر الحقيقة اللغوية في هذه الأمور، والإمام محمد يعتبر العرف السائد بين الناس، يقول محمد: إن اسم الذهب و الفضة إذا أطلق لايراد به الدر هم والدنا نير في العرف، ألاترى أنها اختصت باسم على حدة، فلا يتناولها مطلق اسم الذهب والفضة، ولأبي يوسف أن اسم الذهب والفضة يقع علي الكل، لأنه اسم جنس، وكونه مضر وبا ومَصوغا وتبرا أسماءُ أنواعٍ له، واسم الجنس يتناول الأنواع كاسم الآدمي. «بدائع الصنائع» ٣/ ٨١.

(٢) بعد أن كان قد حلف بأنه لايشتري ذهبا أو فضة.

(٣) "سَبائك": جمع سبيكة، سبكتُ الذهبَ سبكا، أذبته وخلّصتُه من خَبَثه، والسبيكة من ذلك، وهي القطعة المستطيلة، وربما أطلقت السبيكة على كل قطعة متطاولة من أيّ مَعدن كان. «المصباح المنير» مادة: سبك، ص٣٦٥.

(٤) "النُقرة": القطعة المُذابَة من الفضّة، وقبل الذَوب هي: تِبرٌ. «المصباح المنير» مادة: نقر، ص٦٢١.

(٥) قُلبُ الفضة، بالضم: سِوار غيرُ مَلوِيّ، مستعار من: قُلب النخلة، لبياضه. «المصباح المنير»

أو طوقاً من ذهب أو فضة، حنث في يمينه[١]؛ لأن بائع هذه الأشياء يسمى بائع الذهب و الفضة، والسوق الذي يُباع[٢] فيه هذه الأشياء يُسمّى[٣] سوق الذهب، فكذلك المشتري.

ولو حلف لايشتري حَديدا، فاشترى درعا، أو سيفا، أو سكّينا، أو سَاعدين، أو بيضة، أو إبراً، أو مسالا، لايحنث؛ لأن بائع هذه الأشياء لايسمى حَدّادا، بل يسمى سلاحيا، أو سقطيا، أو أبّارا، والسوق الذي يباع فيه هذه الأشياء يسمى سوق الأسلحة، فكذلك المشتري[٤].

وعن أبي يوسف في "الأمالي"[٥]: لو اشترى درعا، أو نَصْل سيف، أو سكينا، حنث[٦]، وذلك محمول على اختلاف العرف باختلاف البلدان.

ولو اشترى حديدا غير مَضروب، أو آنية، أو كانونا[٧]، أو مَسَامير حديد، أو قُفلا، حنث[٨]؛ لأن بائع هذه الأشياء يسمى حدادا، ويباع في سوق الحدادين.

مادة: قلب، ص ٥١٢.

(١) "في يمينه" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "يسمى" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) وفي الف: "ساغ فيه".

(٤) انظر «بدائع الصنائع» نقلا عن «الزيادات»، ٣/ ٨١.

(٥) "الأمالي" من تصانيف الإمام أبي يوسف رحمه الله، ويعدّ من مسائل النوادر، انظر «النافع الكبير» مقدمة الجامع الصغير للعلامة عبد الحي اللكنوي ص ١٩.

(٦) «الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٤٥٠.

(٧) "الكانون": مَوقِد النار، «لسان العرب» مادة: كون ٢/ ٤٨٦.

(٨) زاد هنا في الف: "وذلك لأن".

قال مشايخنا رحمهم الله في الأقفال والمسامير: في عرف بلادنا لايحنث؛ لمكان العرف[1].

فإن نوى الحقيقةَ في جميع ما ذكرنا، حنَث، لأنه نوى الحقيقة، وفيه تشديد على نفسه.

ولو حلف: لايشتري صُفرا[2]، فاشترى صفرا غير معمول، أو آنية[3] حنث. ولو اشترى فُلوسا لايحنث؛ لأن بائع الفلوس لايسمى "صفّارا"، بل يسمى "فلوسيا"[4].

ولو حلف: لايشتري شَبَها[5]، فاشترى آنية[6] حنث؛ لما قلنا.

ولو حلف: لايشتري خَزّاً، فاشترى جلد خَز، أو شعر خز، أو ثوبا خالصًا من خز، أو ثوبا فيه خز يحنث؛ لأن بائعه يسمى خزازا عرفا، وإن كان الخَز حقيقةً اسم لدابة في البحر[7].

---

(١) لأن بائع الأقفال لايسمى بائع الحديد. «الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٤٥٠.

(٢) "الصُفر": النحاس الجيد، واحدته: صُفرة، والصفر: الذي تُعمل منه الأواني، والصّفار: صانع الصفر. «لسان العرب» مادة: صفر.

(٣) "أو آنية" ساقط من ب.

(٤) كذا في «بدائع الصنائع» نقلا عن «الزيادات»، ٣/ ٨١.

(٥) "الشَبَه": بفتحتين، من المعادن ما يُشبه الذهب في لونه، وقال ابن منظور: الشَبَه: النحاس يصبغ، فيصفرّ. «المصباح المنير»، و «لسان العرب» مادة: شبه.

(٦) وفي الف و ب: "فاشتري أنية شبها".

(٧) "الخَز": اسم دابة، ثم أطلق على الثوب المتخذ من وبَرها، والجمع: خُزوز. «المصباح المنير» مادة: الخز ص١٦٨.

ولو حلف لايشتري قُطنا أو كتّانا[١]، فاشترى ثوب قطن أو كتّان[٢]، لايحنث و هو على غير المعمول، لأن بائع الثوب لايسمى قَطّاناً أو كتّانياً، وفي عُرفنا: في الكتان يحنث بشراء الثوب.

ولو حلف لايشتري طِيناً، فهذا على ما يسمى طينا، ولايحنث بشراء الدار واللبِن؛ لأنه لايسمى طينا.

ولو حلف لايشتري صُوفا، فاشترى شاةً على ظَهرها صوف بدراهم، أو بصوف مجزوز، لايحنث؛ لأن البائع يسمى بائع الشاة، فكذا المشتري[٣].

وعن أبي يوسف رحمه الله: إذا اشتراها بصوف مجزوز يحنث؛ لأن الصوف على ظهر الشاة يصير مَبيعا في هذه الصورة، حتى لايجوز البيع إلاعلى طريق الاعتبار.

وفي ظاهر الرواية لايحنث؛ لأن الصوف ليس بمبيع، فإن بيع الصوف على ظَهر الشاة لايجوز، لكن اعتبرنا شبهة المقابلة تحرزا عن الربا، وجوّزنا البيع بطريق الاعتبار.

ولو حلف لايشتري لبَنا، فاشترى شاة في ضِرعها لبن، لايحنث؛ لأنه لايسمى

(١) "الكتّان": نبات يزرع بمصر ومايليها، له زهر أزرق، و له بزر يُعتصر، ويستصبح به، ومن الكتان تنسج الثياب. «التعريفات الفقهية» للمفتي عميم الإحسان، ص ٤٤٠.

(٢) العبارة: "فاشتري ثوب قطن أو كتان" ساقط من د.

(٣) ذكر الكاساني الأصل فيه بأن من حلف: لايشتري شيئا، فاشتري غيره، ودخل المحلوف عليه في البيع تبعا، لم يحنث، وإن دخل مقصودا، يحنث، والصوف ههنا لم يدخل في العقد مقصودا، لأن التسمية لم تتناول الصوف، و إنما دخل في العقد تبعا للشاة. انظر: «بدائع الصنائع»، ٣/ ٨١.

بائع اللبن، فكذلك المشتري[١].

وكذلك لو حلف: لايشتري رُطَبا، فاشترى كِباسَة[٢] بُسر، فيها رطب، أو حلف: لايشتري شعيرا، فاشترى حنطة فيها حبّات شعير، لايحنث؛ لأن المحلوف عليه دخل في البيع تَبعا، فلايحنث[٣].

ولو حلف: لايشتري قصَبا، فاشترى تَوريا[٤] من قصب، لايحنث؛ لما قلنا.

وكذلك لو حلف: لايشتري شعرا، أو صوفا، فاشترى جُوالقا[٥]، أو مِسْحًا[٦] لايحنث؛ لما ذكرنا، وإنما يحنث بشراء غير المعمول.

ولو عقَد يمينَه على المسّ في جميع هذه المسائل، يحنث[٧]؛ لأن الحقيقة تركت

---

(١) «بدائع الصنائع» ٣/ ٨٢.

(٢) "الكِبَاسَة": عُنقود النخل، والجمع: "كبائس"، «المصباح المنير» مادة: الكبيس.

(٣) لأن الشراء يصادف الجملة، فيتبع القليل فيه الكثير. «الهداية» مع «فتح القدير» ٤/ ٤٦.

(٤) "التَور" من الأواني: هو إناء من صُفر أو حجارة كالإجّانة، وقد يتوضأ منه. «لسان العرب» مادة: تور.

(٥) "الجُوالِق" و"الجُوالَق": وعاء من الأوعية معروف، والجمع: جَوالِق وجواليق، وجَولَق: اسم. «لسان العرب» مادة: جلق.

(٦) "المِسْح": الكساء من الشَعَر، والجمع القليل: أمساح، والكثير: مُسوح. «لسان العرب» مادة: مسح.

(٧) هذا هو الفصل الثاني من مسائل هذا الباب، وذكر الإمام العتّابي أصلا لهذا الفصل بقوله: "وفي المس تعتبر الحقيقة، لأنه يتمّ بالمباشرة وحده، فيعتبر بنفسه". «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ١٣، ١٤.

في البيع، والشراء[1] لمكان العرف.

ولاعُرف ههنا إلا في القطن والكتان؛ لأن بالصنعة صار شيئا آخَر، بخلاف التوري والمسح؛ لأن عين القصب والشعر قائم بعد الصنعة، ولهذا لو نقَض يعود قصبا وشعرا، وثمّة لايعود قطنا، إذا انتقض.

ـ والله أعلم ـ

(١) "الشراء" ساقط من الف وب

باب من الأيمان التي يحلف ليجعلنّ من شيئ واحد شيئين فيكون أحدهما بعد صاحبه

بنى الباب على أن بقاء اسم الشيئ يدلّ على بقاء ذلك الشيئ، وزوال الاسم يدل على زواله؛ لأن الأسَامي جُعِلت أعلاما على المسمّيات، فزوال الاسم يدل على زوال المسمّى(١).

قال محمد رحمه الله: رجل حلف: ليجعلن من هذا الثوب قَباء وسَراويل، فجعله قباء، ثم نقضه، فجعله سراويل، برّ في يمينه، لأن شرط برّه جَعل القباء، والسراويل من الثوب مطلقا غير مقيّد بصفة الجمع أو التعاقب، وقد وُجد؛ لأن اسم الثوب لايزول بجَعله قباء.

ألاترى أن مَن حلف: لايلبس ثوبا، فلبِس قباء، حنث(٢).

---

(١) وقد أجاد العتابي عند تأصيله للباب وزاد، فقال: إن الحنث والبر متى تعلق بشرطين، لايتفاوت في حق الحنث والبرّ وجودهما معا أو على التعاقب عملا بإطلاق اللفظ، ولا يبرّ بوجود بعض شرط البرّ، كما لا يحنث بوجود بعض شرط الحنث. الثاني: أن اليمين متى عقدت على عين يُسمّى باسم، يبقى ببقاء ذلك الاسم، وينتهي بزوال ذلك الاسم، لأن تبدّل اسم الذات يوجب تبدل العين، واليمين المعقودة على عين لايبقى ببقاء عين آخر. «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ١٤.

(٢) وفي (ا) و (ب): "يحنث".

فيقع يمينه على كل ملبوس يستر العورة وتجوز الصلاة فيه، وكل ملبوس بهذه الصيغة كان داخلا

وكذا لو أشار إلى الكِرباس[1]، وحلف: لايلبَس هذا الثوب، فخاطه قباء، و لبِسه، حنث في يمينه[2].

وإذا بقي الإسم بعد جَعل القباء والسراويل من الثوب، فإن نوى أن يجعل البعض قباء و البعض سراويل، صحّت نيته، ويحنث، لأن مثل هذا الكلام قد يُذكر، ويُراد به بيان حَذاقته، أو بيان سِعة الثوب، فإذا نوى ما يحتمله لفظه، وفيه تشديد على نفسه، يصدّق.

وحكي عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل[3] رحمه الله أنه قال: يُنظر إلى

تحت اليمين. «الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٥٥٧.

(١) "الكرباس": بكسر الكاف، الثوب الخشن، وهو فارسي معرّب، والجمع: كرابيس، وينسب إليه بيّاعه فيقال: كرابيسي. «المصباح المنير» مادة: الكرباس.

(٢) قال الإمام السرخسي: إن حلف: لايلبس ثوبا بعينه، فاتخذ منه جُبة، وحشاها، ولبسها، حنث، لأنه جعل شرط حنثه لبس العين، وعقد اليمين باسم الثوب، والثوب باق بعد ما اتخذ منه الجبة، فإن لابس الجبة يسمى لابسا للثوب، بخلاف ما لو حلف على قميص: لايلبسه أبدا، فجعل منه قباء فلبسه، لم يحنث، لأنه عقد اليمين باسم القميص، ولا يبقى هذا الاسم بعد ما جعله قباء. «المبسوط» ٩/ ٢.

(٣) هو محمد بن الفضل أبو بكر الفضلي الكُمَاري البخاري، كان إماما كبيرا و شيخا جليلا، معتمَدا في الرواية، مقلدا في الدراية، رحَل إليه أئمة البلاد، ومشاهير كتب الفتاوى مشحونة بفتاواه ورواياته، تفقّه على الأستاذ عبدالله السَبَذْمُوني عن أبي حفص الصغير عن أبيه عن محمد، وتفقّه عليه القاضي أبوعلي النسفي، والإمام الحاكم عبد الرحمن، والإمام الزاهد عبد الله، والإمام إسماعيل الزاهد، مات ببخارى سنة ٣٨١هـ وهو ابن ثمانين سنة.
ترجمته في: طبقات الفقهاء، لطاش كبرى زاده، ص ٦٢، كتائب أعلام الأخيار، برقم ١٨٥، الطبقات السنية، برقم ٢٢١٣، الجواهر المضية، برقم ١٤٦١، كشف الظنون، ٢/ ١٢٩٤،

سابقة الكلام، فإن دلّ ذلك على أنه أراد به بيان الحذاقة والخياطة، يكون حانثا، وإلا فلا[1].

ولو قال: عبده حر، إن لم يجعل من هذه الملحفة، أو من هذا الرداء قباء، وسَراويل، فجعلها قباء، ثم نقض، وجعَل سراويل، حنث في يمينه؛ لأن اسم الملحفة يزول بجعلها قباء، وإنما جعل السراويل من القباء، لامن الملحفة، فيحنث، وإن كانت الملحفة لاتسَع لهما، يحنث للحال؛ لوقوع اليَأس عن البَرّ، وكذلك إذا جعلها قباء، يحنث للحال، لوقوع[2] اليأس عن البَرّ.

وعن محمد رحمه الله في "النوادر": حلف[3] ليقطعنّ من هذا الثوب قميصين، فقطع قميصًا، وخاطَه، ثم فتَقه، وخاطه مرّة أخرى، حنث[4]، ولو فتقه، و قطع تقطيعا آخر، وخاطه، لايحنث[5].

ولو قال: لأقطعنّ منه قميصَين[6]، فقطع قميصا، وخاطه، ثم فتَقه، ثم قطع

الفوائد البهية، ص١٨٤.

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٥٦٨، نقل المسألة من الزيادات ثم ذكر قول محمد بن الفضل هذا.

(٢) قوله: "لوقوع" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) وفي الف وب: "لوحلف".

(٤) لأنه لم يقطع الثاني، بل خاط الثوب مرّة أخرى.

(٥) «الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٥٦٨.

(٦) وفي ب: "من هذا القميصين ثوبين".

قميصا آخر على غير ذلك التقطيع، قال: لايحنث[1]، ذكرهُ في "المنتقى"[2].

ولو قال: ليخيطنّ من هذا الثوب قميصين، فقطع قميصا، وخاطَه، ثم فَتَقه، وخاطه قميصا آخر، بَرّ في يمينه، والفرق ظاهر[3].

ولو قال: عبده حر، إن لم يجعل هذه الدار بُستانا، وحمّاما، فجعلَها بستانا، ثم حمّاما، أو حماما ثم بستانا، حنث؛ لأن اسم الدار يزول بجعلها بستانا أو حماما، كاسم الملحفة، ولو جعل البعض بستانا، والبعض حماما برّ في يمينه.

ولو حلف ليجعلنّ من هذه الدار منزلا وحمّاما، فجعلَها منزلا ثم جعلها حماما، لايحنث؛ لأن اسم "الدار" لايزول بجعلها منزلا، ألا ترى أن مَن حلف لايدخل دارا، فدخل منزلا منه، حنث، وإذا بقي اسم الدار، فقد جعل الحمّام من الدار، فيكون بارّا في يمينه.

---

(١) لتحقق القطع مرتين ولو كان القطع في ثوب واحد.

(٢) "المنتقى" في فروع الحنفية، للحاكم الشهيد أبي الفضل محمد بن محمد المروزي البلخي المقتول شهيدا سنة ٣٤٤هـ، سمع الحديث بمَرو من أبي رَجاء محمد بن حَمدُويه، يروي عن أحمد بن حنبل، وسمع منه أئمة خُراسان وحُفّاظها، منهم أبو عبدالله الحاكم الحافظ، صاحب «المستدرك»، وصنّف المختصر والمنتقى والكافي وغيره، و كتاب الكافي والمنتقى أصلان من أصول المذهب بعد كتب محمد، وقال اللكنوي: لايوجد "المنتقى" في ديارنا في أعصارنا. كتائب أعلام الأخيار، برقم ١٦٧، الطبقات السنية، برقم ٢٢٣٠، الجواهر المضية، برقم ١٤٧٧، الفوائد البهية ص ١٨٦، طبقات الفقهاء لطاش كبري زاده ص ٥٧.

(٣) فإنه في المسألة الأولى ذكر القطع وهنا الخياطة.

وإن[1] جعلها حمّاما أوّلا ثم منزلا، حنث؛ لأن اسم الدار يزول بجعلها حماما.

ثم ذكر محمد رحمه الله على وجه الاستشهاد، فقال: رجل قال: إن اشتريت أنا وفلان عبدا، فعبدي حرّ، فاشتريَاه معًا، أو أحدُهما بعد الآخر، حنث في يمينه.

إنما أراد بهذا الاستشهاد أن الحِنث إذا تعلّق بشيئين، يشترط وجودُهما مطلقا، ولايتقيّد بصفة الاجتماع والتعاقب.

(١) وفي الف و ب: "ولو".

باب من الأيمان التي يفترق فيها الملك وغير الملك

في الباب فصلان:

فصل: في إضافة الملك كالدار، والعبد، وغير ذلك.

وفصل: في إضافة النسبة، كالزوج، والأخ، والصديق، وغير ذلك.

وكل فصل على وجهين: إما أن جمَع بين الإضافة والإشارة، أو أفرد الإضافة عن الإشارة.

والأصل فيه: أنه متى جمَع بين الإضافة والإشارة في إضافة النسبة، تُعتبر الإشارة دون الإضافة،[1] فيحنث وإن انقطعت الإضافة.

وفي إضافة الملك كذلك عند محمد.

وعندهما كما تُعتبر الإشارة، تعتبر الإضافة، فلايحنث إذا انقطعت الإضافة، وإن أفرَد الإضافة عن الإشارة.

أجمعوا على أن في إضافة المِلك إذا وُجد الفعل بعد زوال الإضافة، لايحنث[2].

---

(١) يرجع لمباحث الجمع بين الإشارة والتسمية: «الهداية» مع «فتح القدير» ٢/ ٤٦٥.

(٢) إذا حلف أحد على ما في ملك فلان، يحنث إذا كان الشيئ مملوكا له وقت فعل المحلوف عليه، سواء أكان ما في ملك فلان مملوكا له وقت الحلف، أم لم يكن مملوكا له حينذاك، لايحنث بالإتفاق، ونصّ الكاساني بأن هذا جواب ظاهر الرواية في الأصل والزيادات. «بدائع الصنائع» ٣/ ٧٨.

واختلفوا في فصل النسبة: قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: إذا وجد الفعل بعد زوال الإضافة، لايحنث، وقال محمد: يحنث.

وهل يدخل في اليمين ما حدَث بعد اليمين في إضافة النسبة؟

لايدخل الحادث في ظاهر الرواية[1]، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يدخل.

وفي فصل الملك يدخل الحادث، كما يدخل القديم.

وعن أبي يوسف: أن فيما لايَستَحدِث فيه الملك عادةً كالدار، ينصرف اليمين إلى الموجود وقت اليمين، لاإلى الحادث بعد اليمين.

وعنه في رواية أن في الكلّ لايدخل الحادث بعد اليمين، والصحيح هو الأول[2].

إذا عرفنا هذا، قال [محمد رحمه الله][3]:

رجل حلف: لايدخل دارَ فلانٍ هذه، أو لايكلّم عبد فلان هذا، أو لايركب دابّة فلان هذه، ففعل بعد ما باع فلان دارَه، أو عبده، لايحنث عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: يحنث.

لمحمد[4] أن الإضافة للتعريف، والإشارة كذلك، والإشارة أبلَغ[5]؛ لأنها تقطع

(١) فإذا حلف: "لايكلّم زوج فلانة أو صديق فلان أو ابن فلان" فإنه يقع على ما كان متحقق وقت الحلف، ولايشمل ما يحدث من زوجية وصداقة وولد في المستقبل، فإذا زال عقد النكاح، وصلة الصداقة، فكلّم المحلوف عليه، حنث. انظر «بدائع الصنائع» ٣/ ٧٩.

(٢) انظر: «تحفة الفقهاء» للسمرقندي، ٢/ ٣٣٧، و «بدائع الصنائع» ٣/ ٧٩.

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل.

(٤) "لمحمد" ساقط من النسخ الأخرى.

شركة الأغيار، والإضافة لاتقطع، فتعتبر الإشارة، وتَبْطل الإضافة[1].

ولهما: أن لكل واحدة منهما فائدة سوى فائدة الأخرى، أما فائدة الإضافة أن المملوك لايُهجَر لعينه، وإنما يُهجر لأجلِ مالَكه، فكان المقصود إظهار غيظ لَحقَه من المالك، والمقصود من الإشارة تقييد اليمين بهذا المحل، لعداوة وقعَت بينهما بسبب هذا المحلّ.

وإذا كانت الإضافة داعيةً إلى اليمين تقيّد اليمين ببقائها[2]، بمنزلة الاسم والصفة، إذا كانت داعية إلى اليمين تقيّد اليمين ببقاءها.

كما لو حلَف: لايأكل هذا الرّطَب، فأكل بعد ما صار تمرا، لايحنث؛ لأن صفة الرطوبة تَصلح داعية إلى اليمين، لضَرر تعلّق بها، فتَتَقيّد اليمين ببقائها[3].

بخلاف ما إذا حلَف: لايكلّم هذا الصبيّ، فكلّمه بعد ما شاخ، حنث؛ لأن

---

(٥) أورد السرخسي هذه القاعدة بصيغة: «الإشارة أبلغ أسباب التعريف» «المبسوط» ٧/ ٤٣، فالإشارة تعتبر أقوى من الوصف في البيان، لأن الوصف قد يختلف وقد يحتمل، وعلّله قاضي خان هنا خير تعليل "بأن الإشارة تقطع شركة الأغيار"، ولذلك قالواالوصف في الحاضر لغوٌ.

(١) ولذا قال العتابي: "الإضافة تلغو عند الإشارة". «شرح الزيادات» ورق ١٤.

(٢) كذا في الأصل، وجاء في ج ود: "بتقييد اليمين ببقاءهما"، وهذا خطأ وتصحيف، والصحيح ما أثبت.

(٣) علّله ابن الهمام بأن الأصل أن المحلوف عليه إذا كانت بصفة داعية إلى اليمين، تقيّد به في المعرف والمنكر، فإذا زالت زال اليمين عنه، وما لاتصلح داعيةً، اعتبر في المعرف دون المنكر. «فتح القدير» ٤/ ٤٥.

صفة الصّباء داعية إلى الرحمة، لاإلى الهجران، فلأيُعتبر[1]، وتعلق اليمين بالإشارة.

فإن قيل: هذا يستقيم في الثوب والدار، لافي العبد؛ لأن العبد قد يهجر لعينه.

قلنا: روى ابن سماعة[2] عن أبي حنيفة رحمه الله في العبد، كما قال محمد رحمه الله[3].

وفي ظاهر الرواية: لافرق بين الدار، والعبد؛ لأن العبد لخسّته، وسقوط [رتبته][4] ملحق بالجمادات لايقصد بالهجران، فكانت الإضافة معتبرة، فلايحنث عند زوالها.

فإن قال: عنَيت بهذا أن لا أدخلها ما دامت في ملك فلان.

قال محمد رحمه الله: يدين فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه نوَى محتمل لفظه، ولايُصدّق قضاءً؛ لأنه نوَى تخصيص بعض الأحوال، فلايصحّ، فصار[5] كما لو حلف: لا يأكل طعامًا، ونوى طعاما دون طعام.

وإن قال[6]: عنَيت أن لا أدخلها حال قيام الملك، وبعد الزوال أيضًا، يصدّق

---

(١) لأن هجران المسلم بمنع الكلام معه منهي عنه، فلم يعتبر ما يخال داعيا إلى اليمين من جَهله وسوء أدبه، فإن الشارع منعنا من هجران المسلم مطلقا. «فتح القدير» ٤/ ٤٥.

(٢) هو محمد بن سَماعة بن عبيد الله التميمي، وقد تقدم ترجمته في ص ١٩٧.

(٣) «تحفة الفقهاء» للسمرقندي، ٢/ ٣٣٧.

(٤) ما بين المعكوفتين سقط من الأصل،

(٥) "فصار" ساقط من بقيّة النسخ.

(٦) "قال" ساقط من النسخ الأخرى، ويجب ثبوته، فلايستقم الكلام بدونه.

قضاء؛ لأنه نوى التشديد.

وإن أفرد الإضافة عن الإشارة، بأن قال: لا أكلّم عبد فلان، لا أركب دابّة فلان، [لا أسكن دار فلان][1]، لا ألبَس ثوب فلان، فباع فلان دارَه، أو عبدَه، أو ثوبَه، ففَعَل الحالف، لايحنث.

أما عندهما فظاهر، وكذلك عند محمد؛ لأنه لما أفرَد الإضافة عن الإشارة كان المراد إظهار غيظ لحقّه من جهة المالك.

وإن كلّم عبدا، اشتراه فلانٌ بعد اليمين، أو ركب دابة اشتراها فلان بعد اليمين، حنث في يمينه؛ لما ذكرنا أن المقصود هجران المالك مطلقا، وفي هذا لافرق بين الحادث والقديم.

وهذا فيما يستحدث الملك فيه عادة، أما ما لايستَحدِث الملك فيه عادة، كالدار، وأفرد الإضافة عن الإشارة، فالمسألة[2] على وجوه:

إن دخل دارا كانت في ملكه وقت اليمين، و وقت الدخول، حنث في قولهم جميعا[3].

وإن دخل دارا[4] كانت في ملكه وقت اليمين، وهي ليست في ملكه وقت الدخول، لايحنث؛ لأن الإضافة داعية إلى اليمين، وقد زالت.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وزيد من بقيّة النسخ.

(٢) كذا في الأصل، وفي النسخ الأخرى: فهو على وجوه.

(٣) "جميعا" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) كذا في الأصل، وقوله: "دخل دارا" ساقط من بقيّة النسخ، وثبوته أولى.

وإن دخل دارا اشتراها فلان بعد اليمين، حنث عند أبي حنيفة ومحمد، ولايحنث عند أبي يوسف، وعنه في رواية: ينصرف اليمين إلى الموجود وقت اليمين، وإلى الحادث بعده في جميع الفصول.

وفي ظاهر الرواية فرّق بين الدار وغيرها، فقال: الدار مما لايستحدث فيها الملك عادة، فكان مقصود الحالف[1] ظاهرا الامتناع عن دخول دارٍ هي مملوكة له وقت اليمين، كما في النكاح والنسب.

ولهما أن اللفظ مطلق، فلايقيّد، وما قال من العادة، قلنا: هي مشتركة، فلايصلح مقيّدا.

ولو قال: لا أدخل دارًا لفلان، اختلفت الروايات فيه عن أبي يوسف، والأصحّ أنه على هذا الخلاف.

ولو قال: لاأكلّم زوج فلانة، أو زوجة فلان، أو صديق فلان، أو أخ فلان، أو ابنه، وهو الفصل الثاني، أن جمع بين الإضافة والإشارة، فقال: زوج فلانة هذا، أو صديق فلان هذا، فكلّمه بعد زوال الزوجية، والصّداقة، حنث في قولهم؛ لأن الحرّ يُهجَر لعينه، ويحتمل هجرانه لغيره، فإذا جمع بين الإضافة والإشارة، انتفى جهة الهجران لغيره، إذ لو كان هجرانه لغيره لاقتصر على الإضافة، فكانت الإضافة ههنا للتعريف، بمنزلة الإشارة، كأنه قال: لا أكلّم هذا الشخص.

والدليل على هذا الأصل ما ذكر في هذا الباب: رجل حلَف لايكلم إخوة فلان، وهم عشرة، أو بني فلان، أو نساء فلان، لايحنث ما لم يكلّم الكلّ.

---

(١) وفي (ا) و(ب): "فكان مقصود ظاهر الامتناع"، وما ثبت أصح.

ولو حلف لايكلم عبيد فلان، وهم عشرة، أو لايركب دوابّ فلان، فكلّم ثلاثا منهم، أو ركب الثلاث، حنث؛ لأن في الفصل الأول تعلّقت اليمين بأعيانهم، وتنصرف إلى الموجودين وقت اليمين، فكانت الإضافة بمنزلة الإشارة، كأنّه قال: لاأكلّم هؤلاء، فما لم يكلّم الكلّ، لايحنث، وهذا عند محمد رحمه الله.

أمّا عندهما إضافة النسبة إذا كانت مطلقة، لاتكون بمنزلة الإشارة، حتى لو زالت الزوجيّة و الصداقة، لايحنث عندهما؛ لما يذكر في آخر الباب.

وفي الفصل الثاني: المنع لمعنىً في المالك، فلايتعلق اليمين بأعيانهم، إلا أنه ذكر الإضافة بلفظة الجمع، وأقلّ الجمع ثلاثة.

وإن أفرد الإضافةَ عن الإشارة في هذا الفصل، فقال: لا أكلّم صديق فلان، أو زوجة [فلان][1]، أو نحو ذلك، فكلّم بعد زوال الزوجية، والصّداقة، لايحنث عندأبي حنيفة وأبي يوسف، ويحنث عند محمد رحمه الله.

وجه قوله[2]: أن الداعي إلى اليمين أذىً لحقه من جهته، لامن جهة فلان، لأن الحرّ يُقصد بالهجران لعينه، فكانت الإضافة بمنزلة الإشارة، ألاترى أنه لو كلّم امرأةً تزوّجها فلان بعد اليمين، لايَحنث.

ولهما: أن هجران الحرّ لغيره محتمل أيضًا، فإذا ترك الإشارةَ، دلّ ذلك على هذا الوجه؛ إذ لو كان لعينه لعَيّنه.

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٢) "وجه قوله" ساقط من (ا) و (ب).

وإن لم يكن له صديق، ولا زوجة، فاستحدث، فكلّمه، ينبغي أن يحنث عندهما على هذا الأصل.

وإن حلف: لايكلم صاحب هذا الطَّيْلَسَان[1]، فكلّمه بعد ما باع، حنث بالإجماع؛ لأن الإنسان لايمتنع عن كلام صاحب الطيلسان، لأجل الطيلسان[2]، فكانت الإضافة للتعريف، وإن كلّم المشتري لايحنث؛ لما ذكرنا أن الإضافة للتعريف.

(١) الطيلَسان: فارسي معرّب، قال الفارابي: هو فيعلان، بفتح الفاء والعين، والجمع: طَيَالسة، والطيلسان: من لباس العجم، وفي القاموس: الطيلسان: ضرب من الأكيسة. «القاموس المحيط» و «المصباح المنير» مادة: طلس.

(٢) لأن الطيلسان مما لايقصد بالمنع، وإنما يقصد ذات صاحبه، وإنها باقية. «بدائع الصنائع» ٣/ ٨٠.

باب اليمين التي[1] تكون على ما في الملك ثم تبطل

بنى الباب على أن المطلق لايُقيّد إلابدليل[2]، ودليل التقييد، قد يكون صريحا، وقد يكون دلالة[3].

قال محمد رحمه الله:

رجل حلف بعتق عبده أن لا تخرج امرأته من هذه الدار، فأبانها، وانقضت عدّتها، ثم خرجت بعد ذلك[4]، عتق عبده؛ لأن شرط الحنث خروج فلانة، مطلقا غير مقيّد بحال

---

(١) "التي" ساقط من الف و ب.

(٢) من القواعد الأصولية المعروفة التي جرت مجرى القواعد الفقهية، ووردت في المجلة بعبارة: «المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة» المجلة، مادة: ٦٤، يرجع للتفصيل إلى «درر الحكام» ١/٥٦.

(٣) قوله: "ودليل التقييد قد يكون صريحا" أي نصا، أي لفظا، وذلك بأن يكون مقرونا بنحو صفة: كثوب هروي وفرس عربي، أو حال: كإن دخلت راكبا مثلا، أو إضافة: كاشتر لي فرس بكر، أو مفعول: كبعه من فلان، أو نهي: كلاتبعه في سوق كذا، أو شرط: كالنذر المعلق والطلاق المعلق، أو استثناء: كالاستثناء الواقع في الإقرار والعقود.
"وقد يكون دلالة"، والدلالة غير اللفظ، قد تكون عرفية أو حالية، مثل وكيل الشراء يتقيد بثمن المثل دلالة. «شرح القواعد الفقهية» للشيخ احمد الزرقاء، ص ٢٦١.

(٤) "بعد ذلك" ساقط من الف و ب.

قيام النكاح، وقد وجد، وإضافة المرأة[1] إلى نفسه، لتعريف المرأة، لا لتقييد اليمين بها؛ لما ذكرنا في الباب المتقدم أن الإضافة في الأحرار بمنزلة الإشارة.

ولهذا لو أضاف إلى غيره، بأن قال: "عبده حرّ إن كلّمتُ امرأة فلان هذه"، فكلّمها بعد ما بانت، وانقضت عدّتها، عتق عبده، فكذلك إذا أضاف المرأة إلى نفسه، لايتقيّد بحال قيام الملك[2]، إلاأن يعني[3]: "ما دامت امرأتُه"، فيدين[4] ديانة، لا قضاء؛ لأن الإضافة قد تذكر، ويراد بها التقييد بحال قيام النكاح إلا أنه تخصيص العام، أو تقييد المطلق، وأنه خلاف الظاهر، فلايُصدّق قضاء.

قال الفقيه أبو جعفر[5] رحمه الله: هذا على رواية هذا الكتاب، وهو قول محمد

---

(١) "المرأة" ساقط من الف و ب.

(٢) "لا يتقيد بحال قيام الملك" ساقط من الف و ب.

(٣) و في الف: "إلا أن ينوي".

(٤) وفي الف و ب: "فيصدق ديانة".

(٥) هو أحمد بن محمد بن سلامة أبو جعفر، الطحاوي الأزدي، إمام جليل القدر، الحافظ الفقيه، عدّه ابن كمال باشا من طبقة المجتهدين في المسائل، وتعقّب عليه العلامة اللكنوي، فيرى أن درجته عالية، قد خالف صاحب المذهب في كثير من الأصول والفروع، فهو من المجتهدين في المذهب القادرين على استخراج الأحكام من القواعد التي قرّرها الإمام، وُلد سنة ٢٢٩هـ، ومات سنة ٣٢١هـ، أخذ العلم عن خاله المزني صاحب الإمام الشافعي، وفي شيوخه كثرة، وقال ابن كثير: هو أحد الثقات الأثبات والحفاظ الجهابذة، وله تصانيف جليلة معتبرة منها: أحكام القرآن، ومعاني الآثار، وشرحه، ومشكل الآثار، ومختصر الطحاوي، وشرح الجامع الكبير، وشرح الجامع الصغير، وكتاب الشروط الكبير، والصغير، والأوسط، والمحاضر والسجلات،

رحمه الله، أما على قولهما: وهو رواية «الجامع الصغير»[1]، لايحنث[2]، على ما مرّ في الباب المتقدم[3].

والوصايا والفرائض، ومناقب أبي حنيفة، وتاريخ كبير، واختلاف علماء الأمصار، والنوادر الفقهية، وغيرها.

ترجمته في: الفهرست لابن النديم ٢٩٢، طبقات الفقهاء للشيرازي ١٤٢، تذكره الحفاظ للذهبي ٣/ ٨٠٨، البداية والنهاية ١١/ ١٧٤، لسان الميزان ١/ ٢٧٤، تاج التراجم ٨, ٩، طبقات الحفاظ للسيوطي ٣٣٧، كتائب أعلام الأخيار برقم ١٥٥، الطبقات السنية، برقم ٣٢١، كشف الظنون ١/ ٣٢، الفوائد البهية ص٣١، طبقات الفقهاء، لطاش كبري زاده، ص٥٨، مفتاح السعادة ٢/ ٢٧٥، وانظر«الحاوي في سيرة الإمام الطحاوي" للشيخ محمد زاهد الكوثرى.

(١) انظر «الجامع الصغير» ص٢٠١.

(٢) ذكره الإمام الطحاوي في مختصره، راجع «مختصر الطحاوي» ص٣١٨، و «الفتاوى التاتارخانية» ٥/ ٦.

(٣) الإمام الكاساني فصّل هذا بمزيد من التوجيه والتعليل، فقال: أما في اضافة النسبة من الزوجة و الصديق و نحو هما إذا طلق زوجته، فبانت منه أو عادي صديقه، ثم كلّمه، فقد ذكر في الجامع الصغير أنه لا يحنث، و ذكر في الزيادات أنه يحنث، و قيل ما ذكر في الجامع قول أبي حنيفة و أبي يوسف، وما ذكر في الزيادات قول محمد، وجه المذكور في الزيادات: أن يمينه وقعت على الموجود وقت الحلف، فحصل تعريف الموجود بالإضافة، فيتعلق الحكم بالعرف، لا بالإضافة، وجه ما ذكر في الجامع الصغير: أن الإنسان قد يمنع نفسه عن تكليم امرأة لمعنى فيها، وقد يمنع من تكليمها لمعنى في زوجها، فلا يسقط اعتبار الإضافة مع الاحتمال. «بدائع الصنائع»٣/ ٧٩.

ثم قال في الكتاب: وكذا إذا قال: "إن قبّلتُ امرأتي فلانةً، فعبدي حر"، فقبّلها بعد ما بانت، عتق عبده، وكذا إذا قال: "إن جامعتها، فعبدي حر"، يصير مُولِياً[1]، فإن بانت لم تبطل اليمين؛ لأنها مطلَقة، فلا تتقيد إلا بدليل.

ولو حلف: "لاتخرج[2] امرأتُه هذه[3] من هذه الدار إلا بإذنه"، فخرجت بعد ما بانت، لايحنث؛ لأن شرط الحنث خروجها حال قيام النكاح، وإنما تقيد بذلك بدلالة الإذن، والإذن إنما يصحّ ممّن له ولاية المَنع، لأن الإذن إطلاق، وولاية[4] الإطلاق لمن يكون له[5] ولاية المنع، حال قيام النكاح.

وكذا لو قال ذلك لأمته، فهو بمنزلة ما لو قال لزوجته[6].

وكذا لو حلف رجل: "لايخرج من البلدة إلا بإذن السلطان"، أو "بإذن غَريم له"،

---

(١) اسم فاعل من الإيلاء، والإيلاء في اللغة: اليمين مطلقا، وفي الاصطلاح: الحلف على ترك قربانها مدّة، مثل قوله: "والله لا أجامعك أربعة أشهر". «المصباح المنير» ص٢٠، «التعريفات» ص٦١، «أنيس الفهاء» ١٦١، ويرجع إلى تفصيل أحكامه «فتح القدير» ٣/ ١٨٢.

(٢) عرّف السرخسي "الخروج": بأنه الانفصال من الداخل إلى الخارج. «المبسوط» ٨/ ١٧٤.

(٣) "هذه" ساقط من الف.

(٤) "ولاية" ساقط من الف و ب.

(٥) وفي الف و ب: "والإطلاق ممن له".

(٦) "فهو بمنزلته ما لو قال لزوجته" ساقط من الف و ب. أي: يتقيد اليمين ببقاء ملكه دلالة، فلايحنث إذا خرجت بعد زوال الملك. «الفتاوى التاتارخانية» ٥/ ١١.

أو" بإذن كفيل كفل بنفسه"[1]، فعزَل السلطان، أو قضَى دَين الغريم[2]، أو برئ الكفيل عن الكفالة، فخرج بغير إذنهم، لايحنث[3]؛ لزوال الولاية، واليمين مقيّدة بحال قيام الولاية[4]؛ لما ذكرنا.

فإن عاد سلطانا بعد ذلك، هل تعود اليمين، ذكر في «السيَر»[5] أنه لاتعود.

ولو حلّف السلطانُ رجلاً: "ليرفعنّ إليه كلّ داعر[6]، يعرفه في البلد فيما يستقبل"، فعرَف داعراً، ولم يرفع إليه زمانا، لايحنث[7]؛ لأن الشرط ترك الرفع، وبالتأخير لايتحقّق التّرك.

---

(١) الكفالة بالنفس: هي الكفالة بتسليم شخص معلوم، كأن يكفل أحد آخر على أن يسلّمه في اليوم الفلاني. انظر: «مجلة الأحكام العدلية» مادة: ٦١٣، ٦٤٢.

(٢) وجاء في بقيّة النسخ: "أو قضى الدين".

(٣) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٥/ ١١

(٤) وهذ من نوع تقييد المطلق بالدلالة.

(٥) أي «السير الكبير» للإمام محمد بن الحسن الشيباني، صرّح به في «الفتاوى التاتارخانية» فقال: ذكر في السير الكبير ما يدل على أنها لاتعود، فقال: ولو أن ملك أهل الحرب حلّف أسيرا مسلما: "لايخرج إلا بإذنه" فعزل الملِك، ثم عاد ملِكا، ثم خرج الأسير بغير إذنه، لا يحنث. «الفتاوى التاتارخانية» ٥/ ١١.

(٦) الداعر: الخبيث المفسد، الدّعَر محركة: الفساد، دعِر العودُ دعَرا، فهو دعِر، كثر دخانه، ومنه قيل للرجل الخبيث المفسد: دعِر، فهو داعر. «القاموس المحيط» و «المصباح المنير» مادة: دعر.

(٧) ما دام الرجل سلطانا.

فإن عزل السلطان، أو مات قبل الرفع، حنث في يمينه[1]، لأن المقصود من الرّفع تأديب الداعر، وذا لايتحقّق بعد العزل[2].

ولو علم بداعرٍ بعد العزل، لايجب عليه رفعُه، لما قلنا.

وعن أبي يوسف: أن في العزل يجب الرفع؛ لأنه مفيد في الجُملة، وفي الموت لايفيد[3].

وروى محمد عن أبي يوسف[4] أن اليمين تَبطل بالعزل، ولاتَبطل بالموت، والصحيح ما مر[5].

---

(١) "في يمينه" ساقط من النسخ الأخرى.

(١) لا ينفعه إذا رفعه إليه بعد ما عزل، إلا أن يعني: أن يرفعه إليه على كل حال، في حال السلطنة وغيرها، فيدين فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء، وكذلك لاينفعه أن يرفع إلى السلطان الذي جاء بعده. «الفتاوى التاتارخانية» ٥/ ١١.

وقال الكاساني في هذه المسألة: "قال محمد في الزيادات: إلا أن يعني أن يرفع إليهم على كل حال، في السلطان وغيره، وأدينه فيما بينه وبين الله عزّ وجلّ وفي القضاء، لأنه نوى ظاهر كلامه، وهو العموم، فيصدّق ديانة وقضاء"، «بدائع الصنائع» ٣/ ٤٧، والملحوظ أن ما نقله الكاساني من عبارة «الزيادات» لانجدها هنا، لا في المتن ولا في الشرح.

(٢) ذكره ابن الهمام في «فتح القدير» ٤/ ١٠٦.

(٤) وزاد في الف: "أن في العزل يجب الرفع".

(٥) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٥/ ١١، و«فتح القدير» ٤/ ١٠٥، ١٠٦.

ولو حلف رجل: "لايَخرج من البلد إلا بإذن فلان"، أو "بعلم فلان"، أو "بأمر فلان"، أو "بمشورته"[1]، وفلانٌ ليس بذي ولاية عليه، فمات فلان قبل الإذن، بطلت اليمين[2]؛ لأنها انعقدت موقّتة بالإذن، وقد فات الإذن، فلايمكن إبقاءها مطلقةً؛ لأن البقاء يكون على وفق[3] الثبوت[4].

وعلى قول أبي يوسف: لاتبطل اليمين، بل تَتَأبّد، حتى لو خرج كان حانثا.

أصل هذا ما إذا حلف: "ليشربن"[5] الماء الذي في هذا الكوز اليوم"، فأهرَقه[6]، أو "ليأكلنّ هذا الرغيف غدا"، فأكَلَه اليوم، أو "ليقضينّ دَين فلان غدا"، فقضاه اليوم، بطلت اليمين في هذه المسائل[7] عندهما[8]

---

(١) وفي الف و ب: "أو بمشورته فلان".

(٢) "اليمين" ساقط من الف و ب.

(٣) وفي الف "وقت الثبوت"، والصحيح ما أثبت.

(٤) ذكره الإمام الدبوسي في القسم الذي فيه الخلاف بين أبي يوسف وبين محمد فقال: الأصل عند محمد أن البقاء على الشيء يجوز أن يعطى له حكم الابتداء، وعند أبي يوسف لا يعطى له حكم الابتداء في بعض المواضع. «تأسيس النظر» ص ٧٦.

(٥) ورد في الأصل وفي بقيّة النسخ: "ليشترين الماء"، وهو خطأ وتصحيف، والصحيح: "ليشربن"، ويقتضيه سوق الكلام، وكذلك في «المبسوط» و«الفتاوى التاتارخانية».

(٦) في الأصل وفي النسخ الأخرى المتوفرة عندي: "فاهراقه"، وهو خطأ، والصحيح ما أثبت.

(٧) "في هذه المسائل" ساقط من الف و ب.

(٨) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٥/ ١٢، وذكر هذا الأصل أيضا.

وعند أبي يوسف لاتبطل؛ لأن عنده عدمُ المحلوف عليه وعدم تصوّره، لايمنع انعقاد اليمين، ففواته لايمنع بقاء اليمين[1].

وعندهما عدم تصوّر المحلوف عليه[2] يمنع الانعقادَ والبقاء، بخلاف قوله: "واللّه لأمَسَّنّ السّماء"، [3]، والمسائل في كتاب الأيمان[4].

- والله أعلم -

(١) يقول الإمام أبو يوسف: إنه لو قال: والله لأمسّنّ السماء، أو لأحوّلنّ هذا الحجر ذهبا، انعقدت يمينه، لأنه عقدها على خبر في المستقبل، وإن كان هو عاجزاً عن إيجاده، فهذا مثله. «المبسوط» ٩/٦.

(٢) "المحلوف عليه" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) يقول الإمام السرخسي مؤيّدا لرأي الطرفين: إذا حلف: ليمَسّنّ السماء، فهو آثم في هذه اليمين، لأن المقصود باليمين تعظيم المقسم به، وإنما يحصل بيمينه هتك حرمة الاسم باستمال اليمين في هذا المحل ولكن عليه الكفارة عندنا، خلافا لزفر رحمه الله فإنه يعتبر لعقد اليمين أن يكون ما يحلف عليه في وسعه إيجاده، وذلك غير موجود هنا، ولكنا نقول: انعقاد اليمين باعتبار توهم الصدق في الخبر وذلك موجود فإن السماء عين ممسوس والملائكة يصعدون السماء، ولو أقدره الله تعالى على صعود السماء، يصعد. «المبسوط» ٩/٧، وراجع للتفصيل «تحفة الفقهاء» ٢/ ٢٩٣.

(٤) أي: كتاب الأيمان من «كتاب الأصل» للإمام محمد رحمه الله.

باب ما يقع به الحنث في اليمين أن لاينكح ولايطلّق ولايعتق

بنى الباب على أن شرط الحنث، ما يعقب اليمين، لاما يَسْبقها؛ لأن المقصود من اليمين منع النفسِ عن المحلوف عليه، والامتناع إنما يُتصوّر عمّا يوجد، لا عن الماضي.

ولهذا لو قال: "إن دخلتِ الدار، فأنتِ طالق"، وقد دخلت الدار[1] قبل اليمين، لايقع الطلاق ما لم تَدخل بعد اليمين[2].

ثمّ الشرط إن كان طلاقا أو عتاقا، فوجودالطلاق[3] بعد اليمين، إنما يكون بوجود كلمة الإيقاع بعد اليمين؛ لأن التطليق: "هو التلفظ بلفظ يقع به الطلاق"[4]، وكذلك

---

(١) "الدار" ساقط من(أ) و ب.

(٢) هذا مثل ما ذكره السمرقندي: لو قال لها وهي خارجة من الدار: "إن خرجت من الدار"، لا يحنث، وكذلك إذا كانت في الدار فقال: "إن دخلت هذه الدار"، لايحنث، ويقع على خروج ودخول مستأنف. انظر «تحفة الفقهاء» ٢/ ٣١٠.

(٣) لفظ: "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) ولذا عرّف الفقهاءُ الطلاقَ في الاصطلاح بأنه: "رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص يشتمل على معنى الطلاق صريحا أو كناية"، ويقوم مقام اللفظ: الكتابة والإشارة المفهمة، فخرج بقوله: "لفظ مخصوص" الفسخ، كخيار البلوغ والعتق والردة، فإنه يحلّ رابطة الزواج في الحال، لكن بغير لفظ الطلاق. انظر «ردّالمحتار» ٢/ ٤١٥.

الإعتاق، وغير ذلك.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل قال لعبده: "إن دخلتَ الدارَ، فأنت حر"، أو[قال][1] لامرأته: "إن دخلت الدار، فأنتِ طالق"، ثم حلف: "أن لايعتق عبده، ولايطلّق امرأته"، ثم دخل العبد أو المرأةُ، وقع الطلاق، والعتاق؛ لأنهما تعلّقا بالدخول، وقد وجد، ولايحنث في يمينه؛ لأن شرط الحنث التطليق والإعتاق بعد اليمين، ولم يوجد.

والقياس أن يحنث، وهو قول زفر[2]؛ لأن ذلك الكلام يصير إعتاقا وتطليقا عند الشرط.

وإنا نقول: شرط الحنث التطليق والإعتاق بعد اليمين بكلام يمكنه الامتناع عنه؛ لما ذكرنا، ولم يوجد ههنا، فلايحنث، كمن جرح إنسانا، ثم حلف أن لايقتل فلانا، فمات من ذلك الجرح، لايحنث في يمينه؛ لما ذكرنا من المعنى.

هذا إذا علّق الطلاق، والعتاق بدخول العبد، أو المرأة[3]، فإن علّق بدخول نفسه، والمسألة بحالها، لايحنث أيضًا؛ لما قلنا.

فإن قيل: ههنا يُمكنه الامتناع عن التطليق والإعتاق بأن لايدخل، قلنا: ما ذكرنا

---

(١) وزاد في(أ) و ب: "أو قال لا مرأته".

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» ٣/ ٧١، و«الهداية» ٢/ ٧٧.

(٣) قوله: "هذا إذا علق الطلاق والعتاق بدخول العبد أو المرأة" ساقط من (أ) و ب.

حِكمة شَرع اليمين، والحكمة لايراعى وجودُها في كل فصل[1].

ولو حلف: لايعتق ولايطلّق، ثم علّق الطلاق و العتاق بدخول المرأة و العبد، فدخل، وقع الطلاق، أو[2] العتاق، وحنَث في يمينه أيضا؛ لأن الطلاق، والعتاق هنا وقعا بلفظ وُجد بعد اليمين، فيحنث.

ولو قال لعبده: "أعتق نفسَك"، أو قال لامرأته: "طلّقي نفسكِ"، ثم حلف لايطلق، أو لايعتق[3]، فطلقت نفسها، أو أعتق العبد نفسه في المجلس، وقَع الطلاق، و العتاق، وحنث في يمينه.

وروى عن محمد رحمه الله: أنه لايحنث؛ لأن الطلاق بحكم التفويض مما لايمكنه الامتناع عنه؛ لأنه لايملك الرجوع[4]، فلايحنث[5].

وجه ظاهر الرواية: أن شرط الحنث وقوع الطلاق و العتاق بلفظ وُجد بعد اليمين، وقدوُجد، لأن كلمة الإيقاع قول المرأة: "طلقتُ نفسي"، وقول العبد: "أعتقت نفسي"،

---

(١) ذكر الإمام الكرخي في أصوله أن الأصل: أنه يُفرق بين علة الحكم وحِكمته، فإن علته موجِبة، وحكمته غير موجبة. «أصول الكرخي» مطبوع في آخر تأسيس النظر، ص ١٧٢.

(٢) وفي الف و ب: "والعتاق".

(٣) وفي الف و ب: "ثم حلف لا يعتق ولا يطلق".

(٤) وفي الف و ب: "لا يمكنه الرجوع عنه".

(٥). "فلا يحنث" ساقط من الف و ب.

ونقل في «الفتاوى التاتارخانية» عن المنتقى: إن محمدا كان يقول في هذه المسألة أولا أن لا يحنث في اليمين، ثم رجع، وقال: يحنث، والصحيح ظاهر الرواية. «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٥٠٣.

وذا وُجد بعد اليمين[1]، والموجود من المرأة والعبد كالموجود من المولى والزوج؛ لأن كلاهما[2] بحكم التفويض منقول إليه[3]؛ لأن الطلاق، والعتاق مضاف إليهما، والإضافة تستدعي وجود الإيقاع منهما، والتفويض لايَصلح إيقاعاً، فلابدّ من نقل كلامهما إليه.

وما قال من المعنى، قلنا: المولى والزوج متمكّن من الامتناع بعد التفويض، بأن يُقيمه عن المجلس كرها، أو بأمر آخر في الجملة.

[وكذا لو قال[4]: "أعتق نفسكَ إن شئتَ"، أو قال لها: "طلّقي نفسكِ إن شئتِ"، ثمّ حلف: لايطلّق، ولايعتق، ثم طلّقت المرأة، أو أعتق العبد[5]، حنث في يمينه؛ لوجود الإيقاع بعد اليمين][6].

وكذا لو قال لعبده: "أمركَ بيدك في العتق"، أو قال لامرأته: "أمركِ بيدكِ في الطلاق"، فالحكم فيه ما ذكرنا في قوله: "طلّقي نفسكِ إن شئت"[7].

---

(١) "وذا وجد بعد اليمين" ساقط من الف و ب.

(٢) كذا في الأصل، وجاء في بقيّة النسخ: "كلامهما".

(٣) وفي الف و ب: "إليها".

(٤) وفي الف و ب: "قال لعبده".

(٥) وزاد في الف و ب: "نفسه".

(٦) سقطت هذه الفقرة كلها من الأصل، وثبتت في النسخ الأخرى، والأصح ثبوتها، لأن عبارة الفقرة التالية تقتضي وجودها.

(٧) «الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٥٠٣.

ولو قال لها: "أنتِ طالق إن شئت"، أو قال لعبده: "أنت حر إن شئتَ"، ثم حلف أن لايطلق، ولايعتق، فشاءت المرأة طلاقَها، أو شاء العبد عتقه، حتى وقع الطلاق، والعتاق، لايكون حانثا[1]؛ لأن الطلاق، والعتاق وقعا بكلامٍ وُجد قبل اليمين، والمشيئة شرطٌ محضٌ بمنزلة الدخول، بخلاف ما تقدّم؛ لأن ثمّة الطلاق، والعتاق وقعا بقولها: "طلقت"، وبقوله: "أعتقت"، وقوله منقول إلى المولى[2]، فيحنث.

ولو وكّل رجلا بالطلاق أو العتاق أو بالنكاح، ثم حلف: لايطلق ولايعتق ولايتزوج، ففعل الوكيل ذلك، حنث في يمينه؛ لوجود كلمة الإيجاب بعد اليمين؛ إذ الموجود من الوكيل منقول إلى الموكّل، والوكيل سفير محض، ولهذا كانت العهدة ترجع إلى الموكل[3].

---

(١) كذا في «الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٥٠٣.

(٢) "المولى" ساقط من بقيّة النسخ.

(٣) الضابط في مثل هذه المسائل ما ذكره الكاساني بأنه لو حلف انسان على فعل، ثم أمَر غيرَه أن يفعله، ففعل، ينظر في طبيعة المحلوف عليه: فإنه لا يخلوا إما أن يكون له حقوق، أو لا حقوق له، فإن كان له حقوق، فإما أن ترجع إلى الفاعل أو إلى الآمر:

١ـ فإن كان له حقوق ترجع إلى الفاعل، كالبيع والشراء والإجارة، لا يحنث، لأن حقوق هذه العقود تختصّ بالعاقد المباشر لها دون الآمر، فحينئذ لاينسب الفعل إلى الآمر، لأن الفاعل هو العاقد في الحقيقة، لأن العقد فعله، وإنما للآمر حكم العقد شرعا.

٢ـ وإن كانت حقوقه راجعة إلى الآمر، كالنكاح والطلاق والعتاق والهبة والصدقة، أو كان مما ليس له حقوق، كالضرب والذبح، فإذا فعل الحالف هذه الأفعال بنفسه أو أمر غيره ففعل، حنث، لأن الفعل يضاف إلى الآمر دون الفاعل، ولهذا الوكيل بالنكاح لايقول: تزوّجت، وإنما

ولو وكّل رجلا بأن يبنيَ داره، أو يُنفق في بناء داره، أو في مرمّتها، ثم حلف أن لايبني، أو لاينفق في بناء داره، فبنى الوكيل، وأنفق، يحنث؛ لوجود شرط الحنث، لأنّ إنفاق الوكيل كإنفاقه؛ لأن الوكيل بالإنفاق نائب من كل وجه.

ولو وكّل رجلا بالبيع، أو بالشراء، ثم حلف أن لايبيع، أو لايشتري، أو حلف أوّلاً، ثم وكّل، ففعل الوكيل، لايحنث في يمينه؛ لأن الوكيل بالبيع والشراء أصيل في الحقوق، ولهذا كانت العُهدة ترجع إليه، لا إلى الموكل، فلايكون فعله منقولاً إلى الموكل.

فإن كان الحالف[1] ممّن لايَلي مباشرة[2] العقد بنفسه، كالسلطان ونحوه، حنث في يمينه[3]، سواء كان التوكيل قبل اليمين، أو بعده؛ لأن يمين مثله ينصرف إلى الأمر، وإلى فعل الوكيل، وقدْ وُجد.

ولو حلف أن لايتزوج، أو حلفت المرأة أن لاتتزوّج، وقد كان زوّج أحدهما فضولي"[4]، فأجاز بعد اليمين[5]، لايحنث؛ لأن الشرط هو التزوّج، والإجازة ليست

يقول: زوّجت فلانا، والوكيل بالطلاق يقول: طلّقت امرأة فلان. انظر: «بدائع الصنائع» ٣/ ٨٣، و«فتح القدير» ٤/ ٨٤، و«الفتاوى الهندية» ٢/ ١١١، ١١٣.

(١) كذا في الأصل، وفي النسخ الأخرى: "وإن كان الموكل".

(٢) "مباشرة" ساقط من الف و ب.

(٣) لأن مقصوده من الفعل ليس إلا الأمر به، فيوجد سبب الحنث بوجود الأمر به للعادة. راجع «فتح القدير» ٤/ ٨٥.

(٤) "الفضولي": هو من لم يكن وليا ولا أصيلا ولا وكيلا في العقد. «التعريفات» ص ٢١٥.

(٥) أي كان عقد الفضولي قبل اليمين، ثم حصلت الإجازة بعد اليمين.

بتزوّج حتى لايراعى لها شرائط العقد من الشهود، والولي[1]، وغير ذلك.

وهذه المسألة تدلّ على أن من حلف أن لايتزوج، فأجاز نكاح الفضوليّ بعد اليمين، لايحنث[2]، وهو رواية عن محمد رحمه الله، وبه كان يفتى محمد بن سلمة رحمه الله[3].

وقال بعضهم: عقد الفضوليّ، إذا كان بعد اليمين فأجاز الحالف، يحنث، أجاز[4] بالقول أو بالفعل[5]، وهو الظاهر.

وهو اختيار الشيخ الإمام[6] شمس الأئمة الحَلواني[7]، وعلي بن محمد[8]

---

(١) وزاد في الف وب: "من الولي والشهود".

(٢) زاد في ب: "في يمينه".

(٣) عكست العبارة في (ا) و (ب) فجاء قوله: "وهو رواية عن محمد رحمه الله" بعد قوله: "وبه كان يفتى محمد بن سلمة".

(٤) وفي الف و ب: "سواء أجاز".

(٥) قوله: "بالفعل"، مثل تقديم المهر إليها ونحو ذلك، دون الوطئ و مقدماتها، فإن ذلك حرام قبل نفاذ العقد، كما سيذكر الشارح.

(٦) سقط "الإمام" في (ا).

(٧) هو عبدالعزيز بن أحمد بن نصر بن صالح شمس الأئمة الحَلواني البخاري، عدّه ابن كمال باشا من المجتهدين في المسائل التي لا رواية فيها عن صاحب المذهب، تفقّه على الحسين أبي على النسفي، و تخرّج به الأعلام، أخذ منه شمس الأئمة محمد السرخسي، وفخر الإسلام علي بن محمد البزدوي، وشمس الأئمة أبو بكر الزرنجري وآخرون، ومن تصانيفه المبسوط. والحَلواني:

البزدوي[1]، والشيخ الإمام خُوَاهَر زاده[2] رحمهم الله، وبه كان يُفتي جدّي الشيخ

بفتح الحاء وسكون اللام، منسوب إلى عمل الحَلوى وبيعها.

ترجمته في: طبقات الفقهاء لطاش كبري زاده ص ٧٠، الطبقات السنية برقم ١٢٤٣، تاج التراجم ٦٢، كتائب أعلام الأخيار، برقم ٢٤١، الجواهر المضية برقم ٨٢١، الفوائد البهية ص ٩٥، كشف الظنون ١/ ٤٦، ٥٦٨، تعليم المتعلم للزرنوجي ص١٣.

(٨) هو علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم بن موسى، أبو الحسن، المعروف بفخر الإسلام البزدوي، الإمام الفقيه الكبير بما وراء النهر، الجامع بين أشتات العلوم في الفروع والاصول، له تصانيف كثيرة معتبرة: منها المبسوط إحدى عشر مجلّدا، وشرح الجامع الكبير، و شرح الجامع الصغير، وكتاب معتبر معتمد في أصول الفقه مشهور بأصول البزدوي، وكتاب في تفسير القرآن. توفي سنة ٤٨٢ هـ. و"بَزدَة": قلعة حَصينة على ستة فراسخ من نَسَف.

ترجمته في: تاريخ بغداد ١٢/ ٧٠، معجم البلدان ١/ ٦٠٤، طبقات الفقهاء لطاش كبري زاده ص ٨٥، الطبقات السنية برقم ١٥٣٥، تاج التراجم ٤١، كتائب أعلام الأخيار، برقم ٢٨٦، الجواهر المضية برقم ٩٩٧، الفوائد البهية ص ١٢٤، كشف الظنون ١/ ١١٢.

(١) وفي ج و د: "المروزي" بدل "البزدوي"، وهو خطأ.

(٢) هو محمد بن الحسين بن محمد بن الحسين البخاري، المعروف ببكر خواهرزاده، قال السمعاني: كان إماما فاضلا، له طريقة حسنة معتبرة، وكان من عظماء ما وراء النهر، وله: المختصر، والتجنيس، والمبسوط، ومشاهير كتب الفتاوى مشحونة بذكره، مات سنة ٤٨٣ هـ. و"خُواهَر زاده": هذه اللفظة تقال لجماعة من العلماء، كانوا أولاد أخت عا لم، والمشهور بهذه النسبة عند الإطلاق إثنان: أحدهما هذا، وهو ابن أخت القاضي أبي ثابت محمد بن أحمد البخاري، وهو متقدّم في الزمن، وقد تكرر ذكره بلقبه هكذا، في "الهداية"، وهو مراد قاضي خان هنا في الباب، لأن الثاني متأخر عنه، وهو الإمام بدر الدين محمد بن محمود الكردري ابن أخت شمس

الإمام شمس الأئمة[1] [محمود الأوزجندي][2] رحمه الله، لأن عقد الفضولي ينتقل إليه عند الإجازة، ولولا ذلك لما ثبت الحِل.

وهذا[3] يوافق ما ذكر القدوري[4] عن محمد رحمهما الله في البِكر إذا حلفت أن

الأئمة محمد بن عبد الستار الكردري. مات سنة ٦٥١ هـ. انظر: الأنساب ٥/ ٢٢١، تاج التراجم ٦٢، كتائب أعلام الأخيار، برقم ٢٨٧، الجواهر المضية برقم ١٢٨٩، الفوائد البهية ص ١٦٣، كشف الظنون ١/ ٥٦٩.

(١) هو محمود بن عبد العزيز، شمس الأئمة، الأوزجندي، القاضي، الملقّب بشيخ الإسلام، جدّ قاضي خان، ويلقّب «شمس الأئمة» أيضا، كما ذكره قاضي خان، تفقّه على الإمام السرخسي. وسبق ذكره مفصلا في قسم الدراسة في مشايخ قاضي خان. انظر: الطبقات السنية برقم٢٤٤١، كتائب أعلام الأخيار رقم ٢٩٩، الجواهر المضية رقم١٦٢٥، الفوائد البهية ص٢٠٩.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من الف و ب.

(٣) وفي الف و ب: "وهو يوافق".

(٤) هو أحمد بن محمد بن أحمد، أبو الحسين، الفقيه، البغدادي المعروف بالقُدوري، بالضم، قيل: إنه نسبة إلى قرية من قرى بغداد يقال لها قدورة، وقيل: نسبة إلى بيع القدور التي هي جمع قِدر، وهو صاحب المختصر المتداول بين أيدي الطلبة، من المتون المعتبرة، تفقّه على أبي عبد الله محمد بن يحيى الجر جاني، كان ثقة صدوقا، انتهت اليه رئاسة الحنفية في زمانه، وذكره ابن كمال باشا في أصحاب الترجيح الذين شأنهم تفضيل بعض الروايات على بعض، صنّف المختصر، وشرَح مختصر الكرخي، و كتاب التجريد مشتمل على الخلاف بين أبي حنيفة والشافعي مجردا عن الدلائل، وغيرها، وروي عنه قاضي القضاة أبو عبد الله الدامغاني وأبوبكر الخطيب، ولد سنة ٣٦٢ هـ ومات سنة ٤٢٨ هـ.

لاتزوّج نفسها، فزوّجها الوليّ، فسكتَت، حنَثت.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: أن عقد الفضولي إذا كان بعد اليمين، فأجاز بالقول، يحنث[1]، وإن أجاز بالفعل، لايحنث، و عليه أكثر المشايخ رحمهم الله[2].

لأن "القول" من جنس العقد، من حيث أن العقد قول، فأمكن إلحاقها بالعقد، أمّا "الفعل" لايُجانس العقد، بل يخالفه، فلايمكن إلحاق الفعل بالعقد، لكن ذلك الفعل، ينبغي أن يكون بسَوق الصّداق إليها، أو نحو ذلك، دون الوطء والتقبيل، فإن ذلك حرام قبل نُفوذ العقد.

إذا شهد شاهدان على رجل أنه قال لعبده: إن دخلت الدار، فأنت حرّ، وشهد شاهدان بالدخول، وقُضي بالعتق، ثم رجع الفريقان، كان الضمان على شهود التعليق؛

ترجمته في: تاريخ بغداد ٤/ ٣٧٧، البداية والنهاية ١٢/ ٤ طبقات الفقهاء لطاش كبري زاده ص ٧٩، الطبقات السنية برقم ٢٩٤، تاج التراجم ٧، كتائب أعلام الأخيار، برفم ٢٤٣، الجواهر المضية برقم ١٧٩، الفوائد البهية ص ٣٠، كشف الظنون ١/ ٤٦، ١٥٥.

(١) بناء على قاعدة: أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، كأنه وكّله في الابتداء، ولهذا يثبت للفضولي حكم الوكيل، وللمجيز حكم الموكل. «تبيين الحقائق» للزيلعي ٣/ ١٦٢.

(٢) في «الفتاوى الهندية»: إن كان عقد الفضولي بعد اليمين، لم يحنث ما لم يجز، فإذا أجاز إن أجاز بالقول، حنث، هو المختار، وإن أجاز بالفعل، كسَوق مهر أو ما أشبه ذلك، روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى أنه لا يحنث، وعليه أكثر المشايخ رحمهم الله، وعليه الفتوى. انظر: «الفتاوى الهندية» ٢/ ١١٧، و«الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن «فتاوى قاضي خان» ٤/ ٥٠٣، و«فتح القدير» ٤/ ٨٥، «تبيين الحقائق» ٣/ ١٦٢.

لأنهم أثبتوا عليّة التلف، فكان التلف مضافا إلى شهادتهما.

أما شهود الشرط ما أثبتوا عليّة التلف، وإنما أثبتوا[1] الشرط، والحكم لايضاف إلى الشرط، فلايكون التلف مضافا إلى شهادتهما.

وروي في رواية أن شهود الشرط إذا رجعوا يضمنون.

ولو قال لعبده: أعتق نفسكَ، إن شئتَ، ثم شهد شاهدان أنه أعتق نفسه، وقضى القاضي بالعتق، ثم رجعا، فإنهما يضمنان القيمة؛ لأنهما أثبتا [عليّة التلف][2]، وهو قوله: أعتقت نفسي، وذلك إعتاق[3]، فصارا متلفين.

إنما ذكر هذه المسألة ليبين أن العتق في التعليق مضاف إلى الكلام السابق، لا إلى الشرط، وفي التفويض [في][4] الإعتاق [العلّة][5] قول العبد: "أعتقت نفسي"[6]، وأنه يوجد[7] بعد اليمين.

ـ والله أعلم ـ

---

(١) وفي الف وب: "أثبتوا".

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبت من النسخ الأخرى.

(٣) قوله: "وذلك إعتاق" ساقط من النسخ الأخرى،

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من ج و د.

(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من ج و د.

(٦) نفسي" ساقط من الف و ب.

(٧) وفي الف و ب: "وجد".

باب من الأيمان التي تكون فيها الغاية والتي لاتكون فيها غاية[1]

الأصل فيه أن كلمة «حتى» تُستعمل للغاية[2]، قال الله تعالى: ﴿حَتَّى مَطْلَعِ الْفَجْرِ﴾[3]، لكن من شرط حَملها على الغاية أن يكون المعقود عليه[4] فعلا يمتدّ، وما دخلت عليه كلمة «حتى» يصلح غاية، بأن يكون مؤثرا في إنهاء المحلوف عليه[5]، أو

---

(١) "فيها غاية" ساقط من الف و ب.

(٢) اتفق كل من السرخسي والبزدوي وشارح أصوله وغيرهم أن كلمة "حتى" وضعت للغاية في أصل كلام العرب وحقيقته، يقول السرخسي: "حتى": فهي للغاية باعتبار أصل الوضع بمنزلة "إلى"، هو المعنى الخاص الذي لأجله وضعت الكلمة، قال تعالى: ﴿حتى يُعطوا الجزيةَ عَن يَدٍ﴾ وقال تعالى: ﴿حتى يأذَنَ لي أبي﴾، «أصول السرخسي» ١/ ٢١٨. حتى صرّح الإمام البزدوي بأن معنى الغاية لايسقط عنه إلا مجازا، «أصول البزدوي» وشرحه «كشف الأسرار» ٢/ ١٦٠، وجعله صاحب القاموس الفيروزآبادي أول معاني "حتى" «القاموس المحيط» ص ١٩٢، وانظر «التنقيح والتوضيح مع شرح التلويح» ١/ ١١٢، «جمع الجوامع» مع حاشية البناني ١/ ٣٤٥، «شرح المنار وحاشيته» ١/ ٤٧٢.

(٣) سورة القدر، الآية: ٥.

(٤) في الف: أن يكون" المحلوف عليه".

(٥) أي: يشترط لإفادة "حتى" معنى الغاية شرطان: ١- أن يحتمل ماقبلها الامتداد ٢- ويصلح ما بعدها للانتهاء، قال السرخسي في أصوله: "فمتى كان ما قبلها بحيث يحتمل التمداد، وما بعدها يصلح للانتهاء به، كانت عاملة في حقيقة الغاية"، ثم خرّج على هذا بعض مسائل «الزيادات»

لايكون داعيا إلى تحصيله؛ لأن غاية الشيئ ما ينتهي به ذلك الشيئ[1].

و قد تستعمل للجزاء بمعنى "لام كَي"[2]، قال الله تعالى: ﴿وَإن أحَدٌ منَ المشركينَ اسْتَجَارَكَ فَأجِرهُ حتى يَسمَعَ كلامَ اللّه﴾[3]، ويقول الرجل لغيره: "أكرِمُكَ[4] حتى تُكرمني"، أي لتكرمني.

لكن من شرط حمله على الجزاء أن يدخل بين فعلين، أحدهما منه، والآخر من غيره، وأوّلهما يصلح سببا للثاني[5].

مع الإحالة إليه، راجع «أصول السرخسي» ١/ ٢١٨. وانظر «أصول البزدوي» وشرحه «كشف الأسرار» ٢/ ١٦٢، ١٦٣ و «شرح التلويح على التوضيح» ١/ ١١٢، «المغني في أصول الفقه» ص٤١٩.

(١) عرّف الجرجاني الغاية: "ما لأجله وجود الشيئ"، وقال أبو البقاء: الغاية: هي ما يؤدي إليه الشيئ، ويترتب هو عليه. انظر: «التعريفات» ص٢٠٧، و«الكليات» لأبي البقاء، ص٦٦٩.

(٢) وتكون "حتى" هنا مجازا لخروجها عن حقيقة معنى الغاية الذي هو أصل معناها. انظر: «أصول السرخسي» ١/ ٢١٩. «كشف الأسرار» ٢/ ١٦٣، و «شرح التلويح» ١/ ١١٢.

(٣) سورة التوبة، الآية: ٦.

(٤) في الف و ب: "لأكرمتك".

(٥) أشار إليه السرخسي بقوله: "ومثل هذا في الأفعال تكون للجزاء إذا كان ما قبلها يصلح سببا لذلك، وما بعدها يصلح أن يكون جزاء، فيكون بمعنى لام كي، قال تعالى: "وقاتلوهم حتى لاتكون فتنة" أي لكيلا تكون فتنة". «أصول السرخسي» ١/ ٢١٩. وانظر «أصول البزدوي» وشرحه «كشف الأسرار» ٢/ ١٦٣، و «شرح التلويح على التوضيح» ١/ ١١٢

وإن كان الفعلان من واحد أو من اثنين، لكن الأول لايصلح[1] سببا للثانى، فكلمة حتى للعطف[2]، بمعنى[3] حرف "فاء"، أو كلمة "ثمّ"؛ لأنها تستعمل للعطف أيضًا، تقول: "جاءني القوم حتى زيد".

ثم من حكم الغاية، أن يشترط للبرّ وجودُ ما هو غاية، حتى لو ترك الفعل قبل وجود الغاية، يحنث.

ومن حكم الجزاء أن يشترط للبر وجودُ ما هو سبب، ولايشترط وجود الجزاء.

ومن حكم العطف أن يشترط للبر وجودهما[4].

إذا عرفنا هذا[5]، قال محمد رحمه الله:

رجل قال لغريمه: إن لم ألازمك حتى تقضيني حقّي، فامتنع عن الملازمة[6] قبل

---

(١) كذا في الأصل، و الف و ب، وجاء في ج و د: "لا يصلح"، وهو خطأ صريح.

(٢) فإن بين العطف والغاية مناسبة بمعنى التعاقب، ولكن مع وجود معنى الغاية فيها. «أصول السرخسي» ١/ ٢١٩، «أصول الشاشي» لأبي علي ص ٢٢٢، «أصول البزدوي» وشرحه «كشف الأسرار» ٢/ ١٦٥.

(٣) وفي الف: "بمنزلة".

(٤) «أصول السرخسي» ١/ ٢١٩.

(٥) "إذا عرفنا هذا" ساقط من الف و ب.

(٦) فسّر الفقهاء "الملازَمة" عدة تفسيرات، قال قاضي خان في كتاب الدعوى من هذا الشرح: "ليس تفسير "الملازَمة" هو المنع عن الذهاب؛ لأنه حبس، لكن يذهب المدّعي مع المدّعى عليه، ويدور معه أينما دار كيلا يغيب"، ٤/ ١٢٦٨. و أحسن تفسير للملازمة هو ما ذكره ابن عابدين في

استيفاء الحق، حنث في يمينه[1]، لأن الملازمة ممّا يقبل التوقيت، وقضاء الدين يصلح مؤثرا في إنهائها؛ لأنه هو المقصود، فيكون غاية، فإذا امتنع عنها قبل المقصود، حنث في يمينه[2].

وكذا إذا قال: إن لم أضربك حتى يدخل الليل، أو حتى ينهاني[3]، أو حتى يشفع فلان، أو حتى تصيح، أو حتى تشتكي يدي، فامتنع عن الضرب قبل ذلك، حنث في يمينه[4]؛ لأن الضرب يقبل التوقيت[5] و الامتداد بواسطة الموالاة، و الشفاعة، والصّياح، والنهي و غير ذلك مؤثر في ترك الضرب، فكان غاية[6].

حاشيته بقوله: "وأحسن الأقاويل في الملازمة ما روي عن محمد أنه قال: يلازمه في قيامه وقعوده، ولا يمنعه من الدخول على أهله، ولا من الغداء والعشاء والوضوء والخلاء، وله أن يلازمه بنفسه وإخوانه وولده، ممن أحبّ". «ردّ المحتار» ٤/ ٣٥٦. «فتح القدير» ٧/ ١٨٢.

(١) لأن الملازمة تحتمل الامتداد، وقضاء الدين يصلح منهيا للملازمة. «أصول السرخسي» ١/ ٢١٨، و«الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٤٤٠.

(٢) بخلاف ما إذا فرّ منه الغريم، فلايحنث، لأنه عقد يمينه على فعل نفيه في المفارقة، وهو ما فارق غريمه، إنما الغريم هو الذي فارقه. صرّح به السرخسي وقاضي خان، انظر «المبسوط» ٩/ ٢٣، و«فتاوى قاضي خان» ٢/ ٣٠.

(٣) و زاد في الف و ب: "فلان".

(٤) «أصول السرخسي» ١/ ٢١٨، نقلا عن «الزيادات». «أصول البزدوي» ٢/ ١٦٤.

(٥) وفي الف و ب: "حتى يقبل التأبيد".

(٦) وعلّل له السرخسي بقوله: لأن الضرب بطريق التكرار يحتمل الامتداد، والمذكور بعد الكلمة صالح للانتهاء، فيجعل غاية حقيقة، وإذا أقلع عن الضرب قبل الغاية حنث، إلا في موضع يغلب

فإن نوى الجزاءَ يصدّق فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه نوى محتمل لفظه، وفي القضاء لايصدق، لأنه نوى التخفيف.

ولو قال: إن لم أُخبر فلانا بماصَنعت حتى يضربك، فعبدي حر، فأخبَره و لم يضربه. برّ في يمينه؛ لأن الإخبار مما لايتوقّت، ويَصلح سببا للضرب، فحمل على الجزاء، كأنه قال: "إن لم أسَبّب سبباً لضربك" فإذا أخبره بصُنعه، فقد سَبّب لضربه، فصار باراً.

وكذا لو قال: إن لم آتك حتى تُغَدّيني اليوم، أو قال: إن لم تأتني حتى أغدّيك اليوم، فأتاه اليوم ولم يغده، برّ في يمينه؛ لأن بالتغدية لاتنتهي الزيارة، بل تزداد، فلايصلح غاية، فتكون للجزاء.

وكذا إذا قال: "إن لم أضربك حتى تضربني"، لأن الضرب داع إلى الضرب، لا إلى تركه، فيكون للجزاء، لأن المقصود إظهار عجز فلان[1] عن ضربه، وذلك إنما يتحقق عند عدم ضرب فلان إياه.

ولو قال: إن لم آتك اليوم حتى أتغدّى عندك، أو إن لم تأتني اليوم، حتى تتغدّى عندي، أو قال: إن لم آتِك اليوم، حتى أغديك، أو [قال][2] إن لم تأتِني اليوم، حتى

على الحقيقة عُرفٌ، فيعتبر ذلك؛ لأن الثابت بالعرف ظاهرا بمنزلة الحقيقة، حتى لو قال: إن لم أضربك حتى أقتلك أو حتى تموت، فهذا يحمل على الضرب الشديد باعتبار العرف. «أصول السرخسي» ١/ ٢١٨. ونحوه عند البزدوي في أصوله ٢/ ١٦٤، ١٦٥.

(١) وزاد في الف: "فلان المخاطب".

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من الف و ب.

تغديني، أو إن لم آتك[1] حتى أضربك، فأتاه، ولم يتغدّ، ولم يضربه حتى مضى اليوم، حنَث في يمينه[2].

لأن كلمة "حتى" للعطف هنا؛ لأنّ فعله لايصلح جزاءً لفعله، والتغدية لاتصلح غايةً للإتيان، فتكون للعطف، كأنه قال: إن لم آتِك اليوم، فأتغدّى عندك، فما لم يوجد الفعلان جميعًا لايبرّ.

فإن لم يوقّت بيوم، فأتاه ولم يتغد، لايحنث؛ لأن رجاء البر ثابت، بأن يتغدى بعد ذلك[3]، ولكن يشترط أن يكون التغدية بعد الإتيان؛ لما ذكرنا أنه للعطف، بمعنى كلمة "ثم" أو حرف "فاء"، تحقيقا لمعنى الغاية بقدر الإمكان، إلا أن ينويَ التغدية على فَور الإتيان، فيحنث، ويصير كأنه قال: "إن لم آتك، فأتغدّى عندك".

وعن أبي يوسف: لو قال لجاريته: إن لم تجئني الليلة حتى أجامعكِ مرتين، فجاءته، فجامعها مرة، فأصبح، حنث في يمينه، وهذا وقوله: "إن لم تجئني الليلة، فأجامعك مرتين" سواء.

---

(١) وزاد في الف و ب: "اليوم".

(٢) فإن الفعلين من شخص واحد، فلا يصلح الثاني أن يكون جزاء للأول، فحمل على العطف المحض لتصحيح الكلام، وشرط البر وجود الأمرين في اليوم، فإذا لم يوجدا، حنث. «أصول السرخسي» ١/ ٢١٩.

(٣) قال قاضي خان في فتاواه: لو قال: إن لم آتك اليوم حتى أتغدى عندك، فأتاه ولم يتغدّ عنده، ثم تغدى عنده في يوم آخر من غير أن أتاه، برّ في يمينه. «فتاوى قاضي خان» ٢/ ٣١.

وإن لم يوقّت بالليل لايحنث لأن الوقت مُتّسع وله أن يجامعها في أيّ وقت شاء.

وعندي على قياس ما ذكرنا في ظاهر الرواية، لايحنث، ويحمل على السبب؛ لأن إتيانها إليه يصلح سببا، و قد دخلت على فعلين: أحدهما منه، و الآخر من غيره.

-والله أعلم-

باب ا لإيماء والإشارة في اليمين ما كان إظهارا أو إفشاءً و ما لم يكن

في الباب فصول ثلاثة :

الأول : فصل الإظهار و الإعلام و الإفشاء و الإخفاء و الكتمان[1]، و الحكم فيه أنه يحنث بالإشارة ، كما يحنث بالكتابة و الرسالة .

والثاني : الإخبار و الإقرار و البشارة ، والحكم فيه أنه لايحنث بالإشارة ، ويحنث بالكتابة والرسالة .

والثالث : الكلام و الحديث ، والحكم فيه[2] أنه لا يحنث إلا بالتكلّم بلا واسطة[3].

[الفصل الأول] :

إذا عرفنا هذا[4] قال محمد رحمه الله :

---

(١) وألحق الكاساني في هذا الفصل "الإعلان" ، و "الإسرار" أيضا ، وهو الصواب ، كما سيتضح من خلال مسائل الفصل الأول . «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٣ .

(٢) "فيه" ساقط من ج و د .

(٣) الإمام العتابي أصّل لهذا الباب بقوله : أصل الباب أن الأيمان مبنية على متعارف الناس . «شرح الزيادات» للعتّابي ، مخطوط ، ورق ١٦ ، ولايخفى أن منهج الإمام قاضي خان في الباب أدق منه وأوضح .

(٤) قوله : "إذا عرفنا هذا" ساقط من النسخ الأخرى .

رجل حلف: ليكتمنّ سرّ فلان، أو ليخفينّه، أو ليسترنّه، أو حلف: لايُظهر سرّ فلان، أو لايفشي، فأظهَر بإشارة، أو بكتابة، أو برسالة[1]، حنث في يمينه، لأن الإظهار فعل يُلازمه الظهور، فإذا حصل الظهور، بأيّ طريق حصل، يكون إظهارا[2].

وكذا الإفشاء و الإخفاء و الكتمان، و الإسرار ضد الإظهار.

وكذا لو قال: "إن أعلمتُ فلانا بسرّك" لأن "الإعلام" فعل يلازمه العلم، والعلم كما يحصل بالكتابة والرسالة، يحصل بالإشارة تقول: علمتُ ما في قلب فلان من الحبّ والبغض؛ لأنه فعَل كذا وكذا.

و لو حلف: لايُعلم أحدًا بمكان فلان، فقيل له: أفلان في موضع[3] كذا، فأومأ برأسه بنعم، يحنث؛ لوجود الإعلام[4].

(١) قوله: "فأظهر بإشارة أو بكتابة أو برسالة"، أي سأله أحد عن ذلك السر، وقال: أكان من الأمر كذا؟ فأشار الحالف برأسه، أي نعم، أو كتب إليه السر فبلغه الكتاب، أو أرسل إليه رسولا فبلغه الرسالة. «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٣.

(٢) إذ الإظهار إثبات الظهور، وذلك لايقف على العبارة، بل يحصل بالدلالة والإشارة، يقال: ظهر لي اعتقاد فلان، إذا فعل ما يدل على اعتقاده، وكذا الإشارة بالرأس عقيب السؤال، يثبت به ظهور المشار إليه. انظر: «بدائع الصنائع»، ٣/ ٣٥، و«الفتاوى التاتارخانية»، ٤/ ٤٧١.

(٣) وفي الف و ب: في" مكان".

(٤) لأن الإعلام: هو إثبات العلم الذي يُحَدّ: بأنه صفة يتجلّى بها المذكور لمن قامت هي به. «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٣.

فإن نوى بالإعلام و الإظهار والإفشاء، الإخبار بالكتابة أو بالرسالة[1]، يُصدّق فيما بينه و بين اللّه تعالى؛ لأنه نوى محتمل لفظه، وهو الإظهار على أتمّ الوجوه، و لايصدّق في القضاء؛ لأنه خلاف الظاهر.

وقيل: يصدّق في القضاء أيضًا[2]، و الأول أصح[3].

وكذا لو حلف لايستخدم فلانا، فاستخدَمه بإشارة أو غيرها، حنث، وإن لم يخدُم، لأن "الاستخدام" طلَب الخدمة، وذا يتحقّق بالإشارة، فإن استخدام الملوك والكبراء، يكون بالإشارة[4].

وفي يمين الإظهار و الإفشاء، إذا أراد أن يحصل الظهور، ولايكون حانثا[5]، فالوجه في ذلك أن يقال له: إنّا نَعُدّ عليك أشياءَ وأشخاصا وأمكنة، وأنت تقول: "لا"، فإذا انتهينا إلى المحلوف عليه، فاسكُتْ، فإذا فعل كذلك، لايحنث؛ لأن الشرط هو

---

(١) أي نوى الإخبار بالكلام والكتابة والرسالة فقط، دون الإشارة.

(٢) قال الحاكم أبونصر محمد بن مهرويه: يصدّق في القضاء، ذكره في «الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٤٧٢.

(٣) وهو اختيار الكاساني، فقال: يدين فيما بينه وبين الله تعالى، لأنه نوى تخصيص العموم، وإنه جائز، ولايصدق في القضاء لمخالفته الظاهر. وعزاه في «الفتاوى التاتارخانية» إلى عامة المشايخ. أنظر: «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤، و«الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٤٧٢، و«ردّالمحتار» ٣/ ١٠٣.

(٤) كذا في «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤.

(٥) و في الف و ب: "ولا يحنث".

الإظهار، وأنه فعل يقع به الظهور، ولم يوجد منه فعل[1]، وإنما حصل الظهور بسكوته واستدلالهم، فلايحنث. وهذه حيلة منقولة عن أبي حنيفة رحمه الله.

حكي أن السرّاق أخذوا أموال واحد، وحلّفوه بأيمان عظيمة أن لايُظهر سرّهم، فجاء الرجل إلى أبي حنيفة، و قَصّ عليه القِصّة، و قال: إني أراهم، و أرى أموالي في أيديهم، فقال له أبو حنيفة: هل لكَ من صديق؟ فقال: نعم، فأتاه بصديقه، فأمره أبو حنيفة رحمه الله بأن يأتيَ بأعوان السلطان عند اجتماع الناس في المسجد، و أمر الصديق أن يريَه الرجال واحدا، فواحدا، ويقول للمسروق منه: هذا الذي سَرق منك، فإن لم يكن، فيقول: لا، وإذا انتهى إلى السارق، يسكت، ولايقول شيئا، ولايحرّك رأسه، ففعلوا كذلك[2]، فظهرت أمواله ببركة عِلم أبي حنيفة رحمه الله[3].

والفصل الثانى:

إذا حلف: لايُخبر بمكان فلان، أو بِسرّه، أو لايبشّر به، فأخبر بكتاب أو رسالة، حنث؛ لأن "الإخبار" كما يتحقّق باللسان، يتحقق بالبَنَان والكتاب[4]، صح[5] أن يقالَ:

---

(١) لأن الظهور والعلم حصل من غير صنعه. «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤.

(٢) و الف و ب: "كذلك".

(٣) أشار إلى هذا الكاساني بقوله: وهذه الحيلة منقولة عن أبي حنيفة، والقصة مشهورة. «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤.

(٤) ذكر الإمام السرخسي فيه قاعدة: إن البيان بالكتاب كالبيان باللسان. «المبسوط» ٩/ ١٨.

(٥) في الف و ب: "يصح".

أخبرنا الله بكذا[1]، وإن كان ذلك بالكتاب، وأخبر الله رسوله عليه السّلام بالأمم الماضية، وإن كان ذلك برسالة جبريل عليه السلام[2].

وكذلك "البَشارة"[3] قال الله تعالى: ﴿وَبَشَّرْنَاهُ بِإِسْحَاقَ﴾[4]، وكانت على لسان المَلَك.

وإن قيل له: أفلان في مكان كذا؟ فأومأ برأسه بنعم، أو ذهب به وأوقفه على رأسه، لايحنث؛ لأن الإخبار نوع من الكلام[5].

وكذا الإقرار لايكون بالإشارة، ولهذا قلنا: إذا قُرِئ الصّكّ بين يَدي إنسان، وقيل

---

(١) قال السرخسي في أصوله: ويجوز أن يقول: أخبرنا الله بكذا، أو أنبأنا ونبّأنا. «أصول السرخسي» ١/ ٣٧٧.

(٢) يرجع للتفصيل إلى: «فتح القدير» ٤/ ٦٤، و«بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤ و«ردّالمحتار» ٣/ ١٠٣.

(٣) البشارة في الاصطلاح كما عرّفها الزيلعي: البشارة: "اسم لخبر سارّ صِدق ليس للمبشر به علمُه عرفا". «تبيين الحقائق» ٣/ ١٤٣.

(٤) سورة الصافات، الآية: ١١٢.

(٥) قال الكاساني في تعليل هذه المسألة: إن شرط الحنث هو الإخبار، والإشارة ليست بخبر، وكذا الإيقاف على رأسه، إذ الخبر من أقسام الكلام، ألا ترى أنهم قالوا: أقسام الكلام أربعة: أمر ونهي وخبر واستخبار، ويحدّ: بأنه كلام عري عن معنى التكليف، والإشارة ليست بكلام، فلم تكن خبرا، والإيقاف على رأسه من باب الإعلام، لا من باب الخبر، وكل خبر إعلام، وليس كل إعلام خبرا. «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤.

له: أهو كما كتب؟ فأشار برأسه بنعم، لايكون مُقِرّا، و لامُخبِرا[١].

وكذا لو حلف: لايُقِر لفلان بمال، فقيل له: أ لفلان عليك ألف؟[٢] فأشار برأسه بنعم، لايصير[٣] مقرّا، ولايكون حانثا[٤].

ولو قُرِئ كتاب بين يدي إنسان، فقيل له: أ هو كما قرأت عندك[٥]، فأومأ برأسه بنَعَم[٦]، ليس له أن يَرويَ عنه "بأخبَرَنا"، و لا "بحدّثنا"[٧].

وكذلك البشارة؛ لأنها قسم من الخبر[٨].

---

(١) راجع «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤. وإن الإمام قاضي خان ذكر هذه المسائل الثلاثة هنا تأييدا لما قرّره سابقا.

(٢) وزاد في الف و ب: "درهم".

(٣) وفي الف و ب: "لا يكذن".

(٤) «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤.

(٥) و في الف و ب: "عليك".

(٦) لينتبه في هذه المسألة أن المراد هنا أنه أومأ برأسه فقط، ولم يقل: "نعم" صراحة، فإذا قال: نعم، يجوز له أن يقول: "حدّثنا"، كما ذكره قاضي خان في الفصل الثالث.

(٧) «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤.

(٨) قال الكاساني: البشارة حكمها حكم الخبر في أنها لاتتناول إلا الكلام أو الكتاب، لأنها خبر، إلا أنها خبر موصوف بصفة، وهو الخبر الذي يؤثر في بشرة وجه المخبر له بإظهار أثر السرور. «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤، وانظر «ردّالمحتار» ٣/ ١٠٣.

فإن نوى بالإخبار: الإعلام و الإظهار، يصدّق، لأنه نوى المَجَاز، لأن الإخبار سبب للعلم و الظهور، و فيه تغليظ على نفسه[١].

وإن حلف: لايُخبر ولايبشّر، ثم خَرَس، فأومأ برأسه بنعم بعد السؤال عنه، أو كتَب كتابا، حنث في يمينه[٢]، ويكون ذلك[٣] إقرارًا، لأن الإشارة من الأخرس أقيمت مقام العبارة، ألاترى أنه يؤاخذ بها في الحكم.

وعن أبي يوسف: حلف[٤] لايدعو فلانا، فكتب إليه، ودعا، لايحنث، لأن الكتابة ليست بدُعَاء، ولانداء[٥].

وفي عُرفنا يحنث، لأن الدعاء بالإشارة و الرسالة و الكتابة، بمنزلة الدعاء بالمشافهة، يقال: "دعا الأمير عامل كذا إلى بابه"، و إن كان دعاه بكتاب.

---

(١) يحنث إذا أومأ، لأنه جعله مجازا عن الإظهار لمناسبة بينهما، وفيه تشديد على نفسه، فيصدق. «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤، «فتح القدير» ٤/ ٦٤.

(٢) إذا خرس الحالف فصار بحال لايقدر على التكلم، كانت أيمانه في هذا كله على الإشارة والكتابة، إلا في خصلة واحدة، وهي أن يحلف: أن لايتكلم بسرّ فلان، فلا يحنث إلا بالتكلم، كما سيذكر الشارح في الفصل الثالث. راجع «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٥، و«الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٤٧٣.

(٣) "ذلك" ساقط من الف و ب.

(٤) وفي الف و ب: "فيمن حلف".

(٥) روى هشام عن أبي يوسف أنه لايحنث، وفي ظاهر الرواية أنه يحنث. «الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٤٧٣.

و رسول اللّه صلى الله عليه وسلّم بُعث داعيا للكلّ إلى اللّه تعالى، وقد دعا البعضَ بالكتاب و الرسالة، وكان داعيا للكل.

والفصل الثالث:

إذا حلف: لايتكلّم بكذا، فإنه لايحنث بالكتاب[١] والرسالة، بخلاف الإخبار؛ لأنّ التكلّم يكون بلا واسطة[٢]، صح[٣] أن يقال: "أخبرنا الله بكذا"، ولايقال: "كلّمنا بكذا".

وموسى عليه السّلام يسمى "كليم اللّه تعالى"[٤]، وكان مخصوصا بذلك من بين سائر الأنبياء عليهم السّلام، مع استواءهم في الإخبار والإنباء.

وكذلك الحديث لايكون إلابالمشافهة، صحّ أن يقال: أخبرنا اللّه تعالى بكذا[٥]، ولايقال: حدّثنا اللّه تعالى.

---

(١) وفي الف و ب: "الكتابة".

(٢) قال الحصكفي: الكلام والتحديث لايكون إلا باللسان، فلا يحنث بإشارة وكتابة. وقال السرخسي: الكلام لايكون إلا مشافهة، ألا ترى أن أحدا منا لايستجيز أن يقول: "كلمني الله"، وقد أتانا كتابه ورسوله، وإنما يقال: "كلّم الله موسى تكليما"، لأنه أسمعه كلامه بلا واسطة. يرجع للتفصيل إلى «ردّالمحتار» ٣/ ١٠٣، و«المبسوط» ٩/ ٢٣، و«أصول السرخسي» ١/ ٣٧٧، و«فتح القدير» ٤/ ٦٤.

(٣) في الف و ب: "يصح".

(٤) إشارة إلى ما جاء في قوله تبارك وتعالى: "وكلّمَ اللهُ موسى تكليما" سورة النساء، الآية: ١٦٤.

(٥) "بكذا" ساقط من الف.

ولو قيل له: أفلان في موضع [1] كذا؟ فقال: "نعم"، حنث في يمينه؛ لأن "نعم" تتضمّن إعادة ما في السؤال [2]، وأنه كلام الله [3]، قال اللّه تعالى: ﴿قالوا: نعم﴾ [4].

و إن قُرئ على إنسان كتاب، و قيل له: أ هو كما قُرئ؟ فقال: نعم، صحّ أن يقال: حدّثنا.

وإن خرِس الحالف بعد ما حلف: لايتكلم ولايتحدّث، فأشار أو كتب، لايحنث؛ لأنّ ذلك ليس بكلام، وكيف يكون كلاما، والخرسُ ينافي الكلام [5]، بخلاف الإخبار والإقرار والبشارة، لأن إشارته [6] أقيمت مقام العبارة في حق [7] الأحكام.

---

(١) و في الف و ب: "مكان".

(٢) لأنه إذا قال: نعم، فقد تكلم، لأن قوله: نعم، لايستقل بنفسه، ويضمر فيه السؤال، كما في قوله تعالى: "فَهَل وَجَدتُم ما وعَدَ ربكُم حَقّا قالوا نعم" أي وجدنا ما وعدنا ربنا حقا، فقد أتى بكلام دال على المراد. «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤.

(٣) كلمة الجلالة: "الله" ساقط من الف وب.

(٤) سورة الأعراف، الآية: ٤٤.

(٥) لأن "الكلام" العرفي اسم لحروف منظومة تدل على معنى مفهوم، وذلك لا يوجد في الإشارة. انظر: «بدائع الصنائع» ٤/ ٥٥، و«الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٤٧٣.

(٦) كذا في الأصل، وفي ج و د: "الإشارة".

(٧) "حق" ساقط من النسخ الأخرى.

و فيما يحنث بالإشارة، إذا أشار عَقيب السؤال عن المحلوف عليه، ثم قال: لم أرِد به المحلوف عليه، يصدّق ديانةً؛ لمكان الاحتمال، ولايصدق قضاءً؛ لأنه خلاف الظاهر.

وإن لم تكن الإشارة عَقيب السؤال عنه صدّق قضاءً، إذا قال: لم أرد به ذلك، لأنه لم يوجد ههنا ما يُكذّبه[1].

ـ والله أعلم ـ

(١) انظر: «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٥، و«الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٤٧٣.

باب ما يجب فيه الإطعام مكان الصيام وما لايجب

الأصل فيه: أن جواز الفدية عُرِف نصاً، بخلاف القياس، لأن إقامة الإطعام مقام الصيام، أمرٌ لايَهتدي إليه العقل، لانعدام الموافقة بينهما في المعنى، فإن معنى العبادة في الصوم: الكَفّ عن قضاء الشهوة، ومعنى العبادة في الطعام: سَدّ خَلّة المحتاج، ولاموافقة بينهما.

وإنما عُرِف نصا، وهو قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الذينَ يُطيقُونَه فديَةٌ﴾[1] جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما في تفسيره: وعلى الذين يُطَوَّقُونه، فلايُطيقونه[2]، يعنى يكلّفون به، فلايَقدِرون عليه[3].

---

(١) سورة البقرة، الآية: ١٨٤.

(٢) وردت العبارة في ب كالتالي: وعن ابن عباس: "وعلى الذين يطيقونه فدية فلا يطوقونه أي يكلفون به".

(٣) أخرج البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه كان يقرأ: (وعلى الذين يطوقونه) مشددة، قال: يكلّفونه ولا يطيقونه، ويقول: لسيت منسوخة، هو الشيخ الكبير، والمرأة الكبيرة لا يستطيعان أن يصوما، فيطعمان مكان كل يوم مسكينا. صحيح البخاري، كتاب التفسير، باب قوله أيا ما معدودات، ٤/١٦٣٨ رقم الحديث ٤٥٠٥.

وقد اختلف القراء حول هذه القراءة، يقول صاحب النشر: "إن هذه القراءة ليست من القراءات المعتبرة، حيث خالفت الرسم العثماني. وليست من القراءات العشر" (النشر: ٢/ ٢٢٦)

والنص إنما ورد بجواز الفدية بدلاً عن صوم، هوأصل بنفسه[1]، وهو صوم رمَضان عند وقوع اليأس عنه، فما كان في معناه يكون ملحقا به، وما لا فلا.

وأصل آخر: أن ما وجَب بلفظة "الإطعام" نحو كفارة اليمين، والقتل[2]، والظهار، والإفطار، وجزاء الصيد[3]، يجوز فيه طعام الإباحة؛ لأن مطلق الإطعام

والظاهر - والله اعلم - إن قراءة ابن عباس رضي الله عنهما - يطوقونه - مشددا - على سبيل التفسير لا على سبيل القراءة.

وأخرج النسائي عَن عَطَاء، عن ابن عباس: «في قوله عزوجل: "وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين" يُطيقونه: يكلّفُونه، فدية: طعام مسكين واحد، فمن تطوّع خيرا طعامُ مسكين آخرَ ليست بمنسوخة، فهو خير له، و أن تصوموا خيرٌ لكم. لا يرخّص في هذا إلا للذي لايطيق الصيام أومريضٌ لا يُشفى» أخرجه النسائي في الصيام، في تفسير قوله تعالى: وعلى الذين يطيقونه. رقم الحديث ٢٣١٦.

(١) نصّ في آخر هذا الباب أن الفدية عرفت بدلا عن صوم هو واجب على سبيل التعيين، لا غير. فلا تجوز الفدية عن صيام للمتمتع والقارن إذا لم يجد الهدي، لأن الصوم هنا بدل عن الهدي، كما لاتجوز الفدية عن صوم للمُحرِم في كفارة الحلق عن الأذى، لأنه ليس بواجب على التعيين، بل هو مخيّر بين الصيام والصدقة والنسك. انظر ص ٢٤٤

(٢) يُلاحظ عليه أن ذكر كفارة قتل الخطأ في هذا المقام غير صحيح، لأنه لا إطعام في كفارة قتل الخطأ، وإنما هي إعتاق رقبة أو صوم شهرين متتابعين، كما في الآية: ٩٢ من سورة النساء، والغريب أن الإمام قاضي خان متنبّه إلى هذا فقد قال في ثنايا هذا الباب: "ولا يجوز الإطعام في كفارة القتل لأنه غير مذكور، ولايمكن إثبات ذلك قياسا" ص ٢٤٠، فلعله ذهول أو سبقة القلم، والله أعلم.

(٣) يشير إلى ما ورد لفظة "الإطعام" في نصوص القرآن والسنة، ففي كفارة اليمين قوله تعالى:

ينصرف إلى الإباحة، يقال: أطعَمَ فلان فلانا، ويراد به طعام الإباحة[1].

وما وجب بلفظة "الأداء" و "الإيتاء" نحو الزكاة، و العشر، وصدقة الفطر[2]،

"فكفّارتُه إطعامُ عشرةِ مساكينَ من أوسَطِ ما تُطعمُونَ أهليكُم" المائدة، الآية: ٨٩، وفي كفارة الظهار قوله تعالى: "فَمَن لم يَستَطِع فَإطعامُ ستينَ مِسكينا" المجادلة، الآية: ٤، وفي كفارة الإفطار في صوم رمضان عمدا ما جاء أن النبي ﷺ أمر رجلا أفطرَ في رمضان أن يعتق رقبة أو يصوم شهرين أو يُطعم ستين مسكينا، رواه الجماعة عن أبي هريرة (نيل الأوطار ٤/ ٢١٤) وفي جزاء الصيد للمحرِم قوله تعالى: "أو كفارةٌ طعامُ مسَاكينَ" المائدة، الآية: ٩٥.

(١) ذكر الكاساني أنه مرويّ عن سيدنا عليّ كرّم الله وجهه وجماعة من التابعين مثل محمد بن كعب والقاسم وسالم والشعبي وإبراهيم وقتادة ومالك والثوري والأوزاعي رحمهم الله، فإن الإطعام في متعارف اللغة اسم للتمكين من المطعَم، أي الأكل، لا التمليك، قال الله تعالى: "ويُطعمون الطعامَ على حبّه مسكينا ويتيما وأسيرا" الدهر، الآية: ٨، والمراد بالإطعام الإباحة لا التمليك، وهو الأمر المتعارف بين الناس، يقال: فلان يُطعم الطعام أي يدعو الناسَ إلى طعامه، والدليل عليه قوله سبحانه وتعالى في نفس الآية: "من أوسَطِ مَا تُطعمُون أهليكُم" وإنما يطعمون على سبيل الإباحة دون التمليك، بل لايخطر ببال أحد في ذلك التمليك، فدل أن الإطعام هو التمكين من التطعم، إلا أنه إذا ملّك جاز، لأ ن تحت التمليك تمكينا، لأنه إذا ملّكه فقد مكّنه من التطعم والا كل، فيجوز من حيث هو تمكين. يرجع لتفصيل الأدلة إلى «بدائع الصنائع» ٥/ ١٠١ و «المبسوط» ٨/ ١٥١.

(٢) ورد لفظ "الإيتاء" في الزكاة، مثل قوله تعالى: "وآتوا الزكاة" وفي العُشر، مثل قوله تعالى: "وآتوا حَقّه يومَ حَصاده" الأنعام، الآية: ١٤١، وورد لفظ "الأداء" في صدقة الفطر، كما في قوله ﷺ: «أدّوا عن كل حر أوعبد، صغير أو كبير» أخرجه عبد الرزاق، و رواه أبوداؤد عن الزهري، نصب الراية ٢/ ٤٠٦.

لايجوز فيه إلاّ التمليك ؛ لأن الأداء و الإيتاء عبارة عن التمليك، لايقال لمن أطعم غيرَه طعامَ الإباحة : "أدّى إليه" .

وما ورد بلفظة "الصدقة" نحو كفارة الحلق(١)، قال محمد رحمه اللّه : لايجوز فيه إلا التمليك؛ لأن المنصوص عليه الصدقة، فينصرف(٢) إلى التمليك، كصدقة الفطر(٣).

ولأن الله تعالى أضافَ مطلق الصدقة إلى الفقير(٤) بلام التمليك، بقوله تعالى : ﴿إنّمَا الصَّدَقَاتُ لِلفُقَرَاءِ﴾(٥)، فلا بدّ من التمليك .

ولأبي يوسف رحمه اللّه : أنها(٦) كفّارة، فيجوز فيها طعام الإباحة(٧)، كما في غيرها من الكفارات، وطعام الإباحة يُسمّى صدقة أيضًا، قال عليه السّلام : «نفقة

---

(١) يشير إلى ما جاء في كفارة حلق الرأس عن عُذر للمُحرم قوله تعالى: "ولا تَحلقُوا رؤسكم حتى يَبلُغَ الهَدْيُ مَحِلّه فمَن كانَ مِنكم مريضاً أو به أذىً مِن رأسِه فَفِديَةٌ مِن صِيامٍ أَو صدَقَة أو نُسُك" البقرة، الآية: ١٩٦ .

(٢) وفي الف و ب: "فينصرف و هو الأصح" .

(٣) لأن التصدّق تمليك فأشبه الزكاة والعشر. انظر «بدائع الصنائع»٥/ ١١٢ .

(٤) وفي الف و ب: "الفقراء" .

(٥) سورة التوبة، الآية: ٦٠ .

(٦) وفي الف و ب: "أنه" .

(٧) حتى جاز فيه التمليك والتمكين، وقال الكاساني: كذا حكى الشيخ القدوري رحمه الله الخلاف، وذكر القاضي في شرحه "مختصر الطحاوي" قولَ أبي حنيفة مع أبي يوسف. «بدائع الصنائع» ٥/ ١١٢ .

الرجل[١] على نفسه صدقةٌ، وعلى عيَاله صدقة»[٢]، فلايتقيّد بالتمليك إلا بدليل[٣].

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: من عجَز عن صوم رمَضان لمرض، أو سفَر، أو حَمل، أو رضاع، بأن خافت على نفسها، أو ولدها الهلاك، كان عليه القضاء، ولايجوز له الفدية[٤].

لأن بهذه العوارض لايصير الصوم مَأيوساً عنه، بل يُرجى[٥] وجود عدّة من أيام أخَر، وقد ذكرنا أنه لايصار إلى الفدية إلاعند اليأس عن الصوم، بخلاف "الشيخ الفاني"[٦] لأن ذلك عَجزٌ لايُرجى زواله، بل يزداد كلَّ يوم إلى أن يكون آخره الموت[٧].

---

(١) وفي الف و ب: "المرء".

(٢) أخرج ابن ماجة عن المقدام بن معدي كرب عن النبي ﷺ قال: «ما من كَسبِ الرجل كسب أطيَب من عَملِ يَديه، وما أنفقَ الرجل على نفسه وأهله وولده وخادمه فهو له صدقة» كتاب التجارات، باب الحثّ على المكاسب، ١/ ١٥٥، و روي عن جابر، قال: قال رسول الله ﷺ: «كل معروف صدقة، وما أنفَق الرجل على نفسه وأهله فهو له صدقة، وما وقي به عرضَه فهو صدقة» رواه الحاكم في المستدرك، في البيوع، وقال: حديث صحيح الإسناد، باب كل معروف صدقة، ٢/ ٥٠، كما رواه الدارقطني في سننه، في البيوع، ص ٣٠، وأخرج الطبراني في "معجمه" عن أبي أمامة عن النبي ﷺ، قال: «من أنفقَ على نفسه نفقةً فهي له صدقة، ومن أنفق على امرأته وأهله وولده فهو له صدقة» انظر: «نصب الراية» للزيلعي، ٣/ ٣٧٩.

(٣) قوله: "فلا يتقيد بالتمليك إلا بدليل".

(٤) انظر: «ردّالمحتار» ٢/ ١١٩، و «فتح القدير» ٢/ ٨٢.

(٥) وفي الف و ب: "ويرجى".

(٦) "الشيخ الفاني": هو العاجز عن الصوم عجزا مستمرا، قال النسفي: هو الهرم الذي فنيت قوته،

وكذلك من أفطر بعذر، أو بغير عذر، ولم يقضِ حتى عجز، وصار فانيا، جاز له الفدية؛ لوقوع اليأس.

و الفدية: نصف صاع من بُرّ، أو صاع من تمر، أو شعير، كما في صدقة الفطر.

ويجوز فيه طعام الإباحة[١]، لأنه نصّ على الإطعام[٢] مَن عليه قضاء رمضان، إذا فَرَط في القضاء حتى مرض، وأوصى بأن يطعموا عنه، فأطعموا عنه، قال: يُجزئه، إن شاء الله.

ولو أنه لم يوصِ بذلك، فلورثته أن يطعموا عنه، إن أحبّوا[٣].

وقال ابن عابدين: هو الذي فنيت قوته أو أشرف على الفناء، ولذا عرّفوه بأنه الذي كل يوم في نقص. وسمّي فانيا إما لقربه إلى الفناء أو لأنه فنيت قوته. انظر: «طلبة الطلبة» ص ٥٩، «ردّالمحتار» ٢/ ١١٩، «العناية» ٢/ ٨٢.

(٧) يشترط لوقوع الفدية بدلا عن صوم دوامُ العجز عن الصوم، وحُدوث القوة للشيخ الفاني موهوم، فلو قدر على الصوم بعد أداء الفدية يبطل حكم الفداء، لأن شرط الخلفية استمرار العجز. راجع «الهداية» و«فتح القدير» ٢/ ٨٣.

(١) قال الحصكفي: وهل تكفي الإباحة في الفدية؟ قولان، المشهور نعم، واعتمده الكمال بن الهمام للتنصيص على الإطعام في الفدية، انظر «فتح القدير» ٢/ ٨٣، «ردّالمحتار» ٢/ ١٢٠.

(٢) وفي و ب: "على الطعام".

(٣) أي لايلزم عليهم، فإنه لابدّ من الإيصاء لإلزام الوارث، فإن لم يوص فللوارث أن يخرجه ولايلزمه، وإذا أوصى أخرج عنه من ثلث المال. انظر «الهداية» و «العناية» على هامش فتح القدير، ٢/ ٨٤.

هكذا قال في الكتاب[1]، ولم يعلّقه بالمشيئة، ولابدّ أن يكون معلقا؛ لأن مع الأمر، لَمّا كان معلقا، فعند عدم الأمر أولى، إلاّ أنه لم يذكر ذلك لظهوره.

فرّق بينه، وبين الحج، إذا مات، وعليه حَجّة، و أوصى بأن يحجّ عنه، فأحجّوا عنه، قال: يُجزئه، ولم يُعلّقه بالمشيئة، وإن لم يوص به[2]، وأحجّ الورثة عنه بغير أمره[3]، قال: يُجزيه إن شاء الله[4].

في باب الحجّ لم يعلّقه بالمشيئة عند الأمر، و في الإطعام علّقه بالمشيئة عند الأمر؛ لأنه لم يَرِد فيه نصّ.

أما في الحج عند وجود الأمر، ورد نصّ، وهو ما رُوي عن رسول الله صلى الله عليه وسلّم أنه قال للخَثْعَمِية[5]: «أرأيتِ إن كان[6] على أبيكِ دَين، فقضيته، أما كان

---

(١) أي قال محمد رحمه الله في «كتاب الزيادات» كما يظهر من سوق الكلام في «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ١٧.

(٢) "به" ساقط من الف و ب.

(٣) "بغير أمره" ساقط من الف و ب.

(٤) قاله في «كتاب الأصل» ففيه: وإذا حجّ الرجل عن أبيه أو أمه حجّة الإسلام من غير وصية أوصى بها الميت، قال: يجزيه إن شاء الله تعالى، بلغنا عن النبي ﷺ أنه قال: «أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته، أما قبل منك؟ فالله أحق أن يقبل». «كتاب الأصل» ٢/ ٥١١.

(٥) ورد في بعض الروايات: "امرأة من خَثْعَم"، وخثْعَم بفتح الخاء المعجمة وسكون المثلثة، اسم قبيلة.

(٦) وفي الف و ب: "لو كان".

يجزئه، فقالت: نعم! فقال عليه السّلام: فَدَينُ اللّه أحقّ»[1].

جوّز رسول اللّه صلى الله عليه وسلّم أداء الحج عن أبيها الشيخ الفاني بأمره، وشبّه دَين اللّه بدَين العباد، وفي دَين العباد، مَن عليه الدَين إذا أمَر غيرَه[2] بقضاء دينه، لايتخيّر صاحب الدين في القبول، و إن تبرّع غيره عنه بقضاء دَينه من غير أمره[3] يتخير صاحب الدين في القبول.

فإن قيل: في الإطعام عند وجود الأمر، وجب أن لايكون معلّقا بالمشيئة، كما في

(١) حديث صحيح، أخرجه البخاري من حديث ابن عباس في كتاب الحج، باب وجوب الحج و فضله، الحديث: ١٥١٣، وأخرجه أيضا في كتاب جزاء الصيد، باب الحج عمن لا يستطيع الثبوت على الراحلة، الحديث: ١٨٥٤، وأخرجه أيضا في الكتاب نفسه، باب حج المرأة عن الرجل، الحديث: ١٨٥٥، وأخرجه في المغازي، باب حجة الوداع، الحديث: ٤٣٩٩، وفي الاستيذان، الحديث: ٦٢٢٨، وأخرجه مسلم في الحج، باب الحج عن العاجز لزمانة وهرم ونحوهما أو للموت، الحديث: ٣٢٣٨ و٣٢٣٩، وأخرجه أبو داود في كتاب المناسك، باب الرجل يحج مع غيره، الحديث: ١٨٠٩، وأخرجه النسائي في كتاب مناسك الحج، باب: الحج عن الميت الذي لم يحج، الحديث: ٢٦٣٣، وأخرجه فيه أيضا، باب الحج عن الحي الذي لايستمسك على الرحل، الحديث: ٢٦٣٤، وفيه أيضا، باب تشبيه قضاء الحج بقضاء الدين، الحديث: ٢٦٣٩، وفيه أيضا، باب حج المرأة عن الرجل، الحديث: ٢٦٤٠ و ٢٦٤١، وأخرجه في آداب القضاة، باب الحكم بالتشبيه والتمثيل، الحديث: ٥٤٠٥ و٥٤٠٦ و٥٤٠٧، وأخرجه الإمام أحمد، ١/ ٣٤٦.

(٢) "غيره" ساقط من الف و ب.

(٣) "من غير أمره" ساقط من الف و ب.

دَين العباد.

قلنا: تشبيه دَين الله تعالى بدَين العباد، إنما عرف في الحجّ بخبر الواحد، وأنه يُوجب العمل دون العلم، فلمكان أنه يوجب العمل، قال بالجواز، ولمكان أنه لا يوجب العلم، علّقه بالمشيئة[1].

وكلّ مريض لم يَبرأ، أو مسافر لم يُقم، حتى مات، لاشيئ عليه؛ لأنه لم يُدرك عِدّةً من أيام أخَر[2].

فإن أوصى بأن يطعموا عنه، ومات، وجب عليهم أن يطعموا عنه من ماله[3]، لكلّ يوم نصف صاع؛ لأن تنفيذ الوصيّة حقّ على الوارث، ولوأمرهم بأن يطعموا عنه مما لايكون واجبًا عليه، تنفذ الوصيّة، فإذا أوصى بما كان واجبًا عليه، أولى.

---

(١) أوضحه الإمام السرخسي بمزيد من التفصيل فقال: فإن قيل: فلماذا قيّد الجواب بالاستثناء بعدما صحّ الحديث فيه؟ قلنا: لأن خبر الواحد لايوجب علم اليقين، فإن قيل: فقد أطلق الجواب في كثير من الأحكام الثابتة بخبر الواحد؟ قلنا: خبر الواحد موجب للعمل، ففيما طريقُه العمل أطلقَ الجواب فيه، فأما سقوط حجة الإسلام عن الميت بأداء الورثة، فإنه أمر بينه وبين ربه تعالى، فلهذا قيّد الجواب بالاستثناء. «المبسوط» ٤/ ١٦١.

(٢) وإن الله تعالى أوجب عليهما القضاء في عِدّة من أيام أخر، ولم يُدركا عدة من أيام أخر، فلهذا لو صحّ المريض وأقام المسافر، ولم يقضيا ثم ماتا، لزمهما القضاء بقدر الصحة والإقامة، لوجود الإدراك بهذا المقدار، وفائدة لزوم القضاء وجوب الوصية بالإطعام. انظر: «الهداية» وشرحها «العناية» ٢/ ٨٠.

(٣) أي من ثلث التركة، وهذا معروف.

وإن مات، ولم يوصِ بذلك، لايجب على الورثة أن يطعموا عنه؛ لأن الحقوق المتعلقة بالمال، كالزكاة ونحوها، لاتجب على الورثة بعد الموت، فهنا أولى، وإن أحبَّ الورثة أن يطعموا عنه لكل يوم نصف صاع، كان لهم ذلك[1].

ويستحبّ لكل وارث أن يسعى في تخليص مورثه عن دَين الله تعالى، كما في دين العباد.

ومَن عليه كفارة اليمين، أو القتل، إذا لم يجد ما يكفّر به، وهو شيخ كبير، أو لم يصم، حتى صار فانيا، لايجوز له الفدية؛ لأن هذا الصوم بدّل عن غيره، ولهذا لايجوز المصير إلى الصوم إلاّ عند العجز عن التكفير بالمال[2]، وقد ذكرنا أن الفدية لاتجوز إلا عن صومٍ هو أصل.

فإن مات، وأوصى بأن يكفّر عنه[3] في كفارة اليمين، كفّروا عنه بإطعام عشرة مساكين، أو بالكسوة، و في كفارة القتل كفّروا عنه بالإعتاق، لأن عند وجود الوصيّة، التركة يبقى على حكم ملك الميّت، فصار فعل الوارث بأمره، كفعله بنفسه.

(١) قال ابن عابدين: إن الوصيّ يُطعم عنه بعد موته عن كل واجب، من الثلث لزوما إن أوصى، وإلا جوازا، ثم نقل عن القهستاني أن الزكاة والحج والكفارة من الوارث تجزيه بلاخلاف، أي ولو بدون وصيته. «ردّالمحتار» ٢/ ١١٩.

(٢) وهذا دليل على أن الصوم بدل عن التكفير بالمال، والبدل لايكون له بدل، فإذا عجز عن البدل تأخّر وجوب الأصل، وهو أحد الأشياء الثلاثة إلى وقت القدرة، لأن إيجاب الفعل على العاجز محال. «بدائع الصنائع» ٥/ ١١٢.

(٣) وفي الف: "عن كفاره".

وليس لهم أن يطعموا عنه مكان الصيام، لأن الميت، لو أطعم بنفسه مكان الصيام، لايجوز، فكذا الوارث.

ذكر في كفارة اليمين: الإطعام و الكسوة، ولم يذكر الإعتاق؛ لأنه ذكر التكفير، فيلزمهم أدنى ما يكفّر به، ولايلزمهم الزيادة.

وإنما ذكر الإعتاق في كفارة القتل؛ لأن كفارة القتل: الإعتاق والصوم، وتكفير غيره عنه بالصوم لايكون، فتعيّن الإعتاق.

هذا إذا أوصى، وإن كفّروا عنه بغير وصيّة يجوز تبرّع الورثة بالإطعام و الكسوة، إن شاء اللّه، ولايجوز بالإعتاق، لأن في الإعتاق إلزام الولاء على الميت[1]، وليس لأحد إلزام الولاء على الميّت، وليس في الإطعام والكسوة إلزام شيئ على الميت.

ولايجوز الإطعام في كفارة القتل، لأنه غير مذكور، ولايمكن إثبات ذلك قياسا.

وإنما وضع المسائل في كفارة اليمين والقتل، دون الظهار؛ لأن كفارة الظهار تسقط بموت أحدهما، لأنها لاتجب إلا عند العزم على الوطء.

المتَمتّع إذا لم يجد الهَدْي، ولم يَقدر على الصوم، لايجزئه الفدية عن الصوم، لأن الصوم هنا خلَف عن الهدي.

و كذلك في كفارة الحلق عن الأذى، إذا لم يقدر على الإطعام، و النّسك، و عجز عن الصوم، لايجوز له الفدية[2] لوجوه:

---

(١) انظر «فتح القدير» فقد خرّج هذه المسألة من الزيادات، ٢/ ٨٤.

(٢) انظر «ردّالمحتار» ٢/ ١٢٠.

منها: أن الصوم ليس بواجب على سبيل التعيين، بل هو مخيّر بين الصيام، والصدقة، والنسك في كتاب اللّه تعالى.

فالصيام ثلاثة أيام، والصدقة ثلاثة آصع على ستة مساكين، والنسك شاة، والفدية عُرفت بدلا عن صوم هو واجب على سبيل التعيين، لاغير[1].

ثم قد ذكرنا أن طعام التمليك مقدّر بنصف صاع، أمّا طعام الإباحة أكلَتان مُشبعتان[2]: غَداء وعَشاء، أو غداءان، أو عَشاءان، أو عشاء وسُحور؛ لأن السحور غَداء؛ لِما رُوي عن رسول اللّه صلى الله عليه وسلّم أنه قال لعِربَاض بن سارية[3]، حين

---

(١) ذكر ابن عابدين هذا الضابط بقوله: "لاتصحّ الفدية عن صوم هو بدل عن غيره"، وبناه الكاساني على قاعدة أن البدل لا بدل له، وقال الحصكفي: هذا إذا كان الصوم أصلا بنفسه وخوطب بأدائه، كصوم رمضان، وقضائه، والنذر، كما لو نذر صوما معينا فلم يصم حتى صار فانيا، جازت له الفدية. راجع «ردّالمحتار» ٢/ ١١٩، ١٢٠، «بدائع الصنائع» ٥/ ١١٢.

(٢) وهذا قول عامة الفقهاء، وعن ابن سيرين وجابر بن زيد ومكحول وطاؤوس والشعبي أنه يطعمهم أكلة واحدة، والصحيح قول العامة، لأن الله عزوجل عرّف هذا الإطعام بإطعام الأهل بقوله تعالى: "من أوسَطِ ماتُطعِمُونَ أهليكم" وذلك أكلتان مُشبعتان، غداء وعشاء، كذلك هذا، ولأن الله جلّ شأنه ذكَر الأوسط، وهوأكلتان في يوم بين الجيد والرديئ والسرف والقتر، وهو الأكل المعتاد فى الدنيا وفى الآخرة أيضا، قال الله تعالى في حق أهل الجنة: "ولهم رزقُهُم فيها بُكرةً وعَشيا" فيحمل مطلق الإطعام على المتعارف. راجع للتفصيل «بدائع الصنائع» ٥/ ١٠٢.

(٣) عِرباض بن سارية السلَمي، رضي الله عنه، يكنى أبانجيح، كان من أهل الصفّة، سكن الشام، ومات بها، وروى عنه من الصحابة عبد الرحمن بن عمرو وجبير بن نفير، توفي في سنة ٧٥هـ، وقيل توفي في فتنة ابن الزبير. انظر: «أسد الغابة في معرفة الصحابة» لابن الأثير الجزري، برقم

دخل عليه وهو يتسحّر: «هَلُمّ إلى الغداء المبارك»[1].

والمستحبّ هو الغداء والعشاء؛ لأن السحور سُمّي غداء، إلاّ أنه ليس بغداء حقيقة، و لايُسمى غداء عادة، ولهذا لو حلف: لايتغدّى، فتسحّرَ، لايحنث.

ولو أفرط إنسان في الأكل، فأكل في الغداء أو العشاء مقدارَ أكلتين، لايجوز إلاّ عن أكلة واحدة؛ لما ذكرنا أنه مقدّر بأكلتين مشبعتين.

وعن أبي يوسف رحمه الله: من عَال يتيما، فأطعمَه وكساه، جاز أن يجعله عن زكاة ماله[2]، إلا أنه يخالف ظاهر الرواية، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية.

٣٦٢٤، ٤/ ١٩، ««الاستيعاب في معرفة الأصحاب» لابن عبد البر النمري القرطبي المتوفي ٤٦٣هـ، بهامش الإصابة، ٣/ ١٦٦، «الإصابة في تميز الصحابة» لابن حجر، ٤/ ١٩٦.

(١) أخرج النسائي عن العِرباض بن ساريةَ قال: «سمعتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم وهو يدعو إلى السحور في شهر رمضان، وقال: هَلمّوا إلى الغداء المبارك» رواه النسائي في الصيام، باب دعوة السحور، الحديث ٢١٦٢. وأخرجه أبو داود في الصوم، باب من سمّى السحور الغداء، الحديث ٢٣٤٤.

(٢) نقل ابن الهمام عن «الفتاوى» و«الخلاصة»: رجل له أخٌ قضى عليه بنفقته، فكساه وأطعمه ينوي به الزكاة، قال أبو يوسف: يجوز، وقال محمد: يجوز في الكسوة، لا في الإطعام، وقول أبي يوسف في الإطعام خلاف ظاهر الرواية، ويمكن بناء الاختلاف في الإطعام على أنه إباحة أو تمليك.

وفي «الكافي»: عائل يتيم أطعمَه عن زكاته صحّ، خلافا لمحمد، لوجود الركن، وهو التمليك، وهذا إذا سلّم الطعام إليه، أما إذا لم يدفع إليه لايجوز لعدم التمليك. انظر «فتح القدير» ٢/ ٢٢.

كتاب النكاح

باب النكاح على العتق وعلى التزويج والعفو عن دم العمد[١]

بنى الباب على أنّ النكاح لم يشرع بدون المهر، وما ليس بمال لايصلح مهرا[٢]؛ لقوله تعالى: ﴿أن تَبتَغوا بأموالِكُم﴾[٣].

(١) ورد عنوان الباب في النسخ الموجودة: "باب العتق والتزويج والعفو عن دم العمد"، والمثبت من «شرح الزيادات» للعتّابي، فإنه أوضح.

(٢) قال الكاساني في بان ما يصحّ تسميته مهرا وما لايصلح: لصحة التسمية شرائط: منها أن يكون المسمّى مالا متقوما، لقوله تعالى: ﴿وأحلّ لكم ما ورَاءَ ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾ شرط إن يكون المهر مالا، فما لايكون مالا لايكون مهرا، فلاتصحّ تسميته مهرا، وقوله تعالى: "فَنصفُ ما فَرَضتُم" أمَرَ بتنصيف المفروض في الطلاق قبل الدخول، فيقتضي كون المفروض محتملا للتنصيف، وهو المال. «بدائع الصنائع» ٢ / ٢٧٧. وقال الإمام الكرخي: المهر لايكون إلا ما هو مال أو مايوجب تسليم مال. انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٨٢.

(٣) سورة النساء، الآية: ٢٤.

والثاني: أنه إذا شرط للمرأة مع[1] المسمّى شرطا تنتفع به، فإن وجد الوفاء بالشرط، لم يكن لها إلا المسمّى[2].

وإن لم يسلّم لها الشرط، كان لها تمام مهر مِثلِها؛ لأنها لم ترضَ بالنقصان إلا بهذا الشرط.

وإن كان شرطا لاتنتفع به المرأة، كان لها المسمّى، سواء وفّى بالشرط أو لم يف[3]، لأنها إذا لم تنتفع بسلامته، ولاتتضرّر بفَواته، كان فَواته كسلامته.[4]

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل تزوج امرأة على عتقِ أخيها، أو على طلاق فلانة، أو على دم عَمدٍ له عليها، جاز النكاح، و وقَع الطلاق، والعتاق، والوَلاء للمولى، ويسقط الدم.

(١) وفي ج: "على المسمى".

(٢) راجع للتفصيل «فتح القدير» ٢/ ٤٥٨، ٤٥٩.

(٣) وفي النسخ الأخرى: "أو لا".

(٤) قال العتابي عند تأصيل هذا الباب: أصل الباب أنه متى سمّى في النكاح ماليس بمال متقوم يجب مهر المثل، لأنه هو الموجب الأصلي، وإنما يجب المسمى عند صحة التسمية، فإذا لم يصحّ يصار إلى الأصل، والمرأة متى رضيت بنقصان مهر مثلها بشرط مرغوب فعند فوات الشرط يكمل مهر مثلها. «شرح الزيادات» للعتّابي، ق ١٨.

أما جواز النكاح فلأنّه لو تزوّجها بغير مهر يجوز[1]، فكذا إذا تزوجها بما لايصلح مهرا.

وأما وقوع الطلاق، و العتاق، و بطلان الدم فلأنه جُعِل[2] عوضا، فيتعلق نزوله بقبول العقد، وثبوت المعَوّض، كما لو قال: أعتقتُك على ألف، يتعلق نزوله بقبول الألف.

ولايقال: بأن وقوعه ضرورةَ كونِه عوضاً، وههنا لم يَصِر عوضا، فلايقع.

لأنا نقول: لما جَعَله مقابلا بالنكاح، مع أنه لايصلح مهرا، فقد علّق نزوله بقبوله، لأن المقابَلة تقتضي تعلّق كلِ واحد منهما بقبول الآخر.

ولها مهر مثلها؛ لأن النكاح لايكون بدون المهر، وما سُمّي لايصلح مهرا لانعدام المالية، فكان لها مهر المثل[3].

وكذا إذا تزوجها على أن يعتِق أخاها، أو على أن يعفوَ عنها، أو على أن يطلّق فلانة، أو على أن لايخرجها من البلد، كان لها مهر المثل، سواء وفَى بذلك[4] الشرط، أو

---

(١) انظر: «الهداية» و«فتح القدير» ٢/ ٤٣٤.

(٢) وفي الف وب: "جعله".

(٣) الضابط فيه ما ذكره المرغيناني بأن تسمية ما لايصلح مهرا كانعدامه، والواجب في عدم التسمية مهر المثل. انظر «فتح القدير» ٢/ ٤٣٧.

(٤) سقط "ذلك" من النسخ الأخرى.

لم يفِ، لما ذكرنا[1].

إلاأن هنا لايقع الطلاق، و العتاق، و لايبطل الدم ما لم يطلّق، أو يعتق؛ لأن هنا[2] الإعتاق موعود، فلاينزل إلاّ بإعتاق مستقبل[3].

وكذا لو تزوّجها[4] على مائة درهم، و على عتقِ أخيها، أو طلاق فلانة، أو دم عمدٍ له عليها، جاز النكاح بمائة درهم، و وقع الطلاق، و العتاق[5]، و بطل الدم لأنها رضيت بالنقصان بهذا الشرط، وقد سلم لها[6] الشرط.

و إن تزوّجها على مائة درهم، و على أن يعتق أخاها، أو على أن يطلّق فلانةَ، أو على أن لايخرجها من البلد، أو يعفو عنها، فإن وفَى بالشرط، كان لها المائة لما ذكرنا، وإن لم يفِ، لايُجبر على الإعتاق، وإن التزم ذلك.

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٢/ ٢٧٨.

(٢) "هنا" ساقط من الف وب.

(٣) هذا هو الفرق بين المسألتين، ففي المسألة الأولى يقع الطلاق والعتاق بنفس العقد، لأنه أوجب الطلاق هناك بالعقد عوضا، والعوض يثبت بنفس العقد، فلهذا يقع الطلاق هناك، بخلاف المسألة الثانية، لأنه شرط هنا أن يطلق، فما لم يطلق لم يقع. وانظر «المبسوط» ٥/ ٨٩.

(٤) وفي ب: "تزوج امرأة".

(٥) "والعتاق" ساقط من ب.

(٦) كذا في ب، و" لها" ساقط من النسخ الأخرى.

لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب اللّه تعالى، وإيجاب اللّه تعالى الإعتاق، لايَجري فيه القضاء والجبر، فكذلك إيجاب العبد، كما لو نذر أن يعتق عبده.

و لَها تمام مهر مثلها لأنها ما رَضيت بالنقصان إلا بشرط مرغوب فيه، وهو تخليص الأخ عن ذلّ الرّق، فإذا لم يسلم لها الشرط، فَات الرّضى، فبَقي حقّها في مهر المثل.

و رَوى الحسن عن أبي حنيفة رحمة الله عليهما: أنه ليس لها إلا المسمّى، وإن لم يفِ؛ لأن تسمية ما ليس بمالٍ كلا تسمية، فصار كأنّه لم يسمّ إلا المائة.

والصحيح ما ذكرنا في ظاهر الرواية؛ لأنه وإن لم يكن مالاً، فهو مرغوب فيه، فلابدّ من اعتباره.

و لو تزوّجها على عتق أخيها عنها، جاز النكاح، و عتق الأخ عنها، و هو مهرها، ليس لها غير ذلك، لأنه شرط العتق عنها، والعتق عنها لايكون إلا بعد ثبوت الملك لها، فكان اشتراط العتق عنها اشتراط تمليك رَقبة الأخ منها، وَرقبة الأخ تَصلَح صَداقا؛ لأنه مال متقوّم.

ويكون الولاء لها، لأنه عتق عليها، وفيما تقدّم يكون الولاء للمولى، وهو الزوج؛ لأنه عتق عليه.

فإن طلّقها قبل الدخول بها، غرمَت نصف قيمة الأخ لأن رقَبة الأخ صارت صَداقا، وقد تعذّر عليها رَدّ النصف بالإعتاق، فكان عليها نصف القيمة.

وكذا لو تزوّجها على أن يعتق أخاها عنها، كان رقَبة الأخ صَداقاً، ويعتق الأخ[1]، ولايحتاج إلى الإعتاق، لأن هنا[2] رَقبة الأخ صار صَداقاً ملكا للمرأة، فيعتق عليها بحكم القَرابة.

وفيه إشكال: وهو أن تمليك رقبة الأخ، لو ثبَت إنما يثبت ضرورة الإعتاق عنها، فلايثبت المِلك ما لم يوجد الإعتاق، كما لو قال لغيره: أعتق عبدك عني على ألف درهم، لايثبت الملك[3] ما لم يوجد الإعتاق، كذا ههنا.

والجواب: أن ثمّة إنما يثبت الملك شرطا لصحة الإعتاق عنه، فما لم يوجد الإعتاق لايثبت الملك بطريق الاقتضاء؛ إذ لم يوجد عقد آخر يقتضي الملك.

أما ههنا شرط الإعتاق عنها بجهة المهر، ولهذا لو طلّقها قبل الدخول، غرمَت نصف قيمة الأخ، والمهر يثبت بالنكاح، فلهذا يثبت الملك قبل الإعتاق.

ولو تزوجها على ألف، وعلى أن يعتق عبدا من عبيده بعينه، لاقَرابة بينها وبين العبد، جاز النكاح، ولايعتق العبد إلا بإعتاق مستأنف[4] لما ذكرنا.

---

(١) "الأخ" ساقط من الف وب.

(٢) "هنا" ساقط من الف وب.

(٣) وزاد في ب: "هنا".

(٤) وفي الف: "مستقل".

فإن لم يَفِ بالشرط، ليس لها إلاّ الألف، لأن شرط إعتاق الأجنبي لَغو، لأنّه لافائدة لها في عتق الأجنبي، فصار ذكره والسكوت عنه سواء، فيصير كأنه لم يسمّ غير الألف[1]، بخلاف إعتاق القريب، لأن لها فيه فائدة، وهو خَلاص الأخ[2] عن ذل الرقّ.

ولو تزوجها على ألف، وعلى أن يعتق عنها هذا العبد الأجنبيّ، فقَبِلتْ[3]، يصير العبد مع الألف صداقا[4] لما ذكرنا، ويكون الزوج وكيلا عنها في إعتاق العبد، فإن أعتق صحّ، ويكون الولاء لها، وإن نَهَته عن الإعتاق، صحّ نهيُها، كسائر الوكلاء.

بخلاف ما إذا تزوّجها على أن يعتق أخاها عنها، فإن ثمّةَ كما تمّ العقد يعتق عليها بحكم القرابة.

وإذا كان للرجل على امرأة دم عمد، فتزوجها على أن يعفوَ عنها، جاز النكاح، ولها مهر مثلها، عفا أو لم يعفُ، لأن العفو ليس بمال، فلايصلح مهرا[5].

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» ٢/ ٢٨٠.

(٢) زاد في ب: "القريب".

(٣) "فقبلت" ساقط من الف وب.

(٤) وفي الف وب: "يصير الألف مع الأجنبي صداقا".

(٥) علّله الكاساني بقوله: وأما صيرورة النكاح على القصاص عفوا له، لأنه لما تزوجها على القصاص فقد أزال حقه عنه، وأسقطه، وهذا معنى العفو، ولها مهر المثل، لأن النكاح لايجوز

وإن تزوجها على العفو عنها[1]، يسقطُ الدّم بنفس العقد لأنه جعل العفوَ شرطا في النكاح، فيتمّ بالقبول، بخلاف الأول، لأن ثمّة وعدٌ لها أن يعفوَ عنها.

وإن تزوجها على مائة درهم، وعلى أن يعفو عنها، فإن عفا، فلها المائة لاغير، وإن لم يعف، كان لها تمام مهر مثلها لأنها إنما رضيت بالنقصان بشرط مرغوب[2]، فإذا لم يسلّم لها الشرط، فات الرّضى.

وإن جعَل النكاحَ شرطا في العفو، فقال: عفوتُ عنكِ على أن تزوجيني نفسكِ، فقبلت المرأة[3]، سقَط الدم، لأن كلمة "على" لتعليق الإيجاب بالقبول.

كما لو قال: أنتِ طالق على أن تعطيني ألف درهم[4]، فقبلت، يقع الطلاق، ولايتوقّف على الإعطاء.

فإن زوّجت نفسَها منه، إن[5] سمّى لها مهرا في النكاح، كان لها ذلك، وإن لم

إلا بالمهر، والعفو عن القصاص لايصلح مهرا، لأنه ليس بمال، فيجب لها العوض الأصلي، وهو مهر المثل. انظر: «بدائع الصنائع» ٢/ ٢٧٨، و ٧/ ٢٥٠.

(١) "عنها" ساقط من ب.

(٢) وفي الف وب: "مرغوب فيه".

(٣) "المرأة" ساقط من الف وب.

(٤) "درهم" ساقط من الف.

(٥) وفي الف وب: "إن كان".

يسمّ كان لها مهر المثل، لأن العفو لايصلح مهرا.

وإن أبت النكاح، لم تجبر على النكاح، لأنها حرّة، فلا تجبر عليه، وإن التزمت، لأن النكاح لايصير واجبا بالالتزام.

لكن عليها ردّ الدّية، لأنه ما رضي بسقوط الدم، إلا بهذا الشرط، فإذا لم يسلّم له الشرط[1]، و القصاص بعد سقوطه لايحتمل العَود[2]، يجب عليها ردّ بدل القصاص[3]، و هو الدية.

بخلاف ما إذا صالح عن الدم على خمر أو خنزير حيث يسقط الدم، ولا يجب شيء، وقال بعض المشايخ: تجب الدية، والأول أصح، لأن عدم سلامة البدل، ما كان لمعنىً من جهة القاتل، بل [لمعنىً][4] من جهة الشرع[5]، أما هنا عدم[6] سلامة الشرط من

(١) "له الشرط" ساقط من الف والعبارة فيه: "فإذا لم يسلم رد بدله".

(٢) لأن القصاص مبني على الدرء والإسقاط، فإذا سقط مرة لا يعود، والقاعدة الفقهية المقررة فيه: «الساقط لايعود»، مادة: ٥١ مجلة الأحكام العدلية، وقد ذكرها قاضي خان في عدة مواضع من الشرح بقوله: «الساقط لا يحتمل العود» في ص ١١١٨ و ٢٧٣٥ و٢٨٤٤، انظر «درر الحكام» ١/ ٤٨، و «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ٣٧٨.

(٣) "القصاص" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبت من النسخ الأخرى.

(٥) فإنه يشترط في الصلح أن يكون المصالَح عليه مالا، فلايصحّ الصلح على الخمر والميتة الدم

جهتها[1].

ولأن ثَمّة[2] لما أسقط الدم ببدل لايسلم له قطعا، كان راضيا بسقوطه مجّانا، أما ههنا احتمال وجود النكاح كان باقيا[3]، بل الظاهر هو الوفاء بالشرط، فلايكون راضيا بسقوط الدم بغير عوض.

رجل أعتق أمَتَه على أن تزوّج نفسَها منه، فقبلت، عتقت لما ذكرنا أن العتق معلّق بالقبول، ولأنه لما شرط عليها التزوّج مع أن ذلك لايصح، إلابعد تقدّم العتق، كان راضيا بنزول العتق قبل النكاح.

وإن أبَت أن تتزوج، لم تجبر لأنها صارت حُرّة[4]، فلاتجبر على النكاح، ولكنها تَسعى في قيمتها، لأن المولى ما رضي بزوال الملك إلا بشرط النكاح[5]. فإذا لم يسلم له

وصيد الإحرام والحرم، وكل ما ليس بمال، لأن في الصلح معنى المعاوضة، فما لايصلح عوضا في البياعات لايصلح بدل الصلح. «بدائع الصنائع» ٦/ ٤٢.

(٦) "عدم" ساقط من ب.

(١) وجاء في ب: "وههنا لمعنى من جهتها".

(٢) "ثمة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) كذا في الأصل، و قوله: "كان باقيا" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) ملكت نفسها، فلا تجبر على النكاح. انظر «بدائع الصنائع» ٢/ ٢٨١.

(٥) لأن المولى مارضي بزوال ملكه عن رقبتها إلا بنفع يقابله وهو تزويج نفسها منه، وهذه منفعة

ذلك، كان عليها ردّ العتق، والعتق بعد وقوعه لايحتمل النقض، فكان عليها ردّ قيمتها.

كما لو أعتق عبده على خمر، أو خنزير، وكما لو باع نفس العبد منه بجارية، ثم استحقّت الجارية، إلاأن في تلك الصور[1] عند محمد وزفر رحمهما الله كان[2] على العبد ردّ قيمة الجارية، وههنا على الجارية[3] ردّ قيمتها، لأن ههنا بدل العتق منفعة البضع، وأن البضع ليس بمتقوّم في نفسه، وإنما يصير متقوّما بالعقد، أو بالإتلاف عن شبهة العقد، وإذا لم يكن له قيمة صِيرَ إلى قيمة المبدل، أمّا في تلك المسألة[4] بدل العبد متقوّم، وهو الجارية، فإذا عجز عن تسليم عين البدل، يُصار إلى قيمة المبدل[5].

وعندهما[6] هذا، وذاك سواء، فصار إلى قيمة المبدل في الفصلين؛ لما عرف.

ثمّ إنها تَسعى في قيمتها، وهي حرة، أمّا عندهما: فلأن المستسعى حرّ عليه دين،

مرغوب فيها، وقد تعذر عليه استيفاء هذه المنفعة لمعنى من جهتها، وهو إباؤها، فيقام بدل قيمتها مقامه دفعا للضرر عنه. «بدائع الصنائع» ٢/ ٢٨١.

(١) في بقيّة النسخ: "ثمة" مكان: "تلك الصور".

(٢) "كان" ساقط من الف و ب.

(٣) "الجارية" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) كذا في الأصل، وفي بقيّة النسخ: "ثمّة" مكان "في تلك المسألة".

(٥) وفي الف و ب: "البدل".

(٦) يعني عند أبي حنيفة وأبي يوسف، كذا في هامش الأصل.

وأمّا عند أبي حنيفة: فلأن السعاية[1] هنا وجبت ردًا للعتق.

والأصل عند أبي حنيفة أن السعاية إذا وجبت بعد نزول العتق، يسعى وهو حرّ، كالراهن إذا أعتق العبد[2] المرهون، وهو مُعسَر، يسعى العبد وهو حر[3].

وكذلك المولى إذا أعتق عبده المديون، وهو معسَر، يسعى وهو حرّ، وإذا وجبت السعاية لنزول العتق، كما في معتق البعض، يسعى وهو عبد.

وكذا المريض إذا أعتق عبده[4]، وعليه دَين، يَسعى، وهو عبد، لأن تبرّع المريض إن كان مما يحتمل النقض، ينفذ في الحال، ثم ينقض، وإن كان مما لايحتمل النقض، يتوقّف، والعتق مما لايحتمل النقض، فيتوقّف، فكانت السعاية لنزول العتق.

و في مسألتنا: السعاية وجبت لردّ العتق، لا لنزوله[5]، فلهذا قال: "تسعى وهي حرة".

---

(١) سَعي المكاتَب في فكّ رقبته سعايةً، وهو اكتساب المال ليتخلص به، و"السعاية" شرعا: هي ما كُلّف العبد من العمل تتميما لعتق نفسه. «المصباح المنير» مادة: سعى، ١/ ٢٧٧، و«التعريفات الفقهية» للمفتي محمد عميم الإحسان.

(٢) "العبد" ساقط من الف و ب.

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٢/ ٢٨١.

(٤) "عبده" ساقط من الف و ب.

(٥) "لا لنزوله" ساقط من الف و ب.

وإن زوّجت نفسَها منه، إن سمّى لها مهرا، كان لها المسمّى، وإن لم يُسَمّ، كان لها مهر المثل في قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف والشافعي: لاشيئ لها[1]، ويكون عتقها صَداقها[2].

أمّا عند الشافعي رحمه الله: فالنكاح بدون المهر جائز، ولاشيئ لها، فهنا أولى[3].

ولأبي يوسف: ما رُوي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتَقَ صفيّةَ[4]، وتزوّجَها، وجعَل عتقَها صداقَها[5].

---

(١) كذا في الأصل، وفي النسخ الأخرى: "لا مهر لها".

(٢) كذا ثبت في الف و ب، وهو الأصح، وكان في الأصل: "صداقا".

(٣) قال الإمام النووي: المستحب أن يسمى الصداق في العقد، فإن عقد النكاح بغير صداق، انعقد النكاح. «المجموع للنووي» ١٦/ ٣٢٥، وانظر «الأم» ٥/ ٦٨، «المهذب» ٢/ ٦١، «المنهاج» ص ١٠٢.

(٤) هي صفية بنت حُيّي بنت أخطب بن سعنة بن ثعلبة بن عبيد بن كعب أبي حبيب، من بني النضير، كانت تحت سلام بن مشكم، ثم خلف عليها كنانة بن أبي الحُقيق فقتل كنانه يوم خيبر، فصارت صفية مع السبي، فأخذها دحية ثم استعادها النبي صلى الله عليه وسلم فأعتقها وتزوجها. قال أبو عمر: كانت صفية عاقلة حليمة فاضلة. ماتت سنة ٥٠ هـ. انظر ترجمتها في: أسد الغابة ت ٧٠٦٣، الاستيعاب ت ٣٤٥٢، الإصابة ت ١١٤٠٧.

(٥) حديث صحيح، أخرجه مسلم في كتاب النكاح، باب فضيلة إعتاقه أمة ثم يتزوجها، الحديث: ٣٤٨٣، وأخرجه البخاري في كتاب الخوف، باب التكبير والغلس بالصبح والصلاة عند

ولأنه تزوجها على رقبتها، وقد سلم لها رقبتها، فلايجب شيئ، كما لو تزوجها على رقبة غيرها، ولأنها لو أبَت كان عليها السعاية، فإذا زوّجت نفسها منه، فقد سلّمت لها السعاية، فلايجب شيئ آخر، كما لو تزوجها علىَ دين له عليها.

ولأبي حنيفة ومحمد: ما رُوي عن عمر[1] رضي اللّه عنه، أنه قضى بمهر المثل في مثل[2] هذه الصورة.

الإغارة والحرب، الحديث: ٩٤٧ مطولا، وأخرجه أيضا في النكاح، باب من جَعل عتق الأمة صداقها، الحديث: ٥٠٨٦، وأخرجه أبوداود في النكاح، باب في الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها، الحديث: ٢٠٥٤، وأخرجه الترمذي في النكاح، باب: ما جاء في الرجل يعتق الأمة ثم يتزوجها، الحديث: ١١١٥، وأخرجه النسائي في النكاح، باب التزويج على العتق، الحديث: ٣٣٤٢ و٣٣٤٣، وأخرجه ابن ماجه في النكاح، باب الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها، الحديث: ١٩٥٧، وأخرجه الدار قطني في النكاح ٣/ ٢٨٥، و الطحاوي في معاني الآثار ٣/ ٢٠، والدارمي الحديث: ٢١٦١، والطيالسي الحديث: ١٩٩١، وعبد الرزاق الحديث: ١٣١٠٧، وابن حبان الحدبث: ٤٠٩١، والأمام أحمد ٣/ ١٦٥، ١٧٠. من عدّة طرق كلهم من حديث أنس رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ أعتَق صفيّة، وجعَل عتقَها صَداقَها»

(١) هو عمر بن الخطاب بن نفيل، القرشي، العدوي، أبو حفص الفاروق، كانت ولادته قبل البعثة بثلاثين سنة، ووفاته عام ٢٣ هـ، أحد المبشرين بالجنة، وأحد فقهاء الصحابة، وهو الخليفة الثاني بعد أبي بكرة وهو أول من تسمى بأمير المومنين. انظر ترجمته: الاستيعاب ت ١٨٩٩، الإصابة ٥٧٥٢، أسد الغابة ٣٨٣٠، تاريخ الخلفاء ١٠٨، تاريخ الإسلام ٢/ ١٠٢.

(٢) "مثل" ساقط من ب.

ولأن النكاح لم يُشرع إلا بمال يستحقّ بالنكاح ؛ لقوله تعالى: ﴿وأحلّ لكم ما وراء ذلكم﴾ الآية[1].

والرقبة ما سلّمت لها بالنكاح، لأن الثابت بالنكاح، لايستحقّ قبل النكاح، والعتق هنا ثابت قبل النكاح.

وكذا السعاية، فإنها غير واجبة في الحال، وإنما تجب عند الإباء، وبالنكاح ينعدم الإباء.

بخلاف ما إذا تزوجها على دَين له عليها، لأن ثَمّة الدين واجب قبل النكاح، وإنما يسلم لها بعد النكاح، لا قبله، فجاز أن يكون عوضا[2].

وحديث صفية رضى اللّه عنها لايلزم، لأن رسول اللّه صلى الله عليه وسلم كان مخصوصا بذلك، وهو النكاح بدون المهر[3].

(١) سورة النساء، الآية: ٢٤.

(٢) وجاء في الف وب: "بخلاف الدين لأنه واجب قبل النكاح يسلم لها بالنكاح فصلح مهرا".

(٣) يؤيده ما قاله ابن الهمام بأن قول الراوي ذلك (وهو قول أنس: جعَل عتقها صداقها) كناية عن عدم المهر، يعني أنه أعتقها وتزوجها، ولم يكن شيئ غير العتق، والتزوج بلا مهر جائز للنبي ﷺ دون غيره، وغاية ما فيه أن ما ذكرناه محتَمل لفظ الراوي، فيجب حمله عليه دفعا للمعارضة بينه وبين الكتاب. راجع: «فتح القدير» ٢/ ٤٥٢، و «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص، تحقيق: سائد محمد بكداش، أطروحة الدكتوراة، جامعة أم القرى، ٢/ ٦٣٨.

وعن أبي يوسف رواية أخرى، وهو قول زفر: أن لها مهر المثل، وعليها السعاية في قيمتها[1] تحقيقا للتسوية، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية[2].

هذا إذا قال: "أعتقتكِ على أن تزوّجيني نفسَكِ"، فقبلت.

وإن قال لها[3]: "تزوجتكِ على أن أعتقك"، لايصحّ النكاح؛ لأن النكاح صادَفَها، وهي أمة.

وإن قال لها: "تزوجتكِ على عتقك"، أو قال: "أعتقتكِ على نكاحك"، فقبلت، لم يصحّ النكاح.

وطعَن أبو خازم[4] رحمه الله[5]، و قال: [ينبغي أن يصحّ النكاح][6]، لأنهما

(١) "في قيمتها" ساقط من الف و ب.

(٢) وعليه اعتمد الإمام الطحاوي، فقال في مختصره: وبه نأخذ. «مختصر الطحاوي» ص١٧٥.

(٣) "لها" ساقط من الف و ب.

(٤) كذا في الأصل، وفي النسخ الأخرى: "أبو حازم" بالحاء المهملة، وهو خطأ، لأن كنيته: "أبو خازم" بالخاء المعجمة، ذكرها أبو الوفاء القرشي وتقي الدين التميمي واللكنوي، وكثير ممن ترجمه، وورد في بعض المصادر بالحاء المهملة، وهو تصحيف، قال اللكنوي: وذكر ابن الأثير في جامع الأصول أن كنية عبد الحميد أبو حازم، بالحاء المهملة. الفوائد البهية ص٨٦.

(٥) هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي، أبو خازم، أخذ العلم عن عيسى بن أبان، وتفقّه عليه أبو جعفر الطحاوي وأبو طاهر الدباس، كان ثقة ورعا عالما بفنون الحساب والفرائض، حاذقا

تصرّفان، لايصحّ أحدهما إلا بتقديم الآخر[1]، فيقدّم العتق على النكاح[2]، كما في قوله: "أعتق عبدك عني على ألف درهم".

[إلا][3] أنا نقول: بأنه جعل أحدَهما عِوضاً للآخر[4]، والعوض مع المعوّض يقترنان؛ لِما في إثبات أحدهما قبل الآخر، إثبات بغير عوض.

وكذلك امرأة أعتقت عبدَها على أن يتزوّجها، فقبل، عتق، ولايجبر على أن يتزوجها، فإن لم يتزوج[5]، كان عليه السعاية في قيمته؛ لما قلنا، وإن تزوجها لاشيء عليه من قيمته؛ لسلامة المشروط لها.

في عمل المحاضر والسجلات، من أفاضل القضاة، وله: «كتاب المحاضر والسجلات» و «كتاب أدب القاضي» و «كتاب الفرائض»، توفي في سنة ٢٩٢هـ.

ترجمته في: الفهرست ص١٩٢، طبقات الفقهاء للشيرازي ص١٤١، البداية والنهاية ١١/ ٩٩، تاج التراجم ص ٣٣، كتائب أعلام الأخيار برقم ١٤٤، الطبقات السنية برقم ١١٣٨، الجواهر المضية برقم ٧٥٨، كشف الظنون ١/ ٤٦، الفوائد البهية ص٨٦.

(٦) جاء في الأصل: "وقال: يصح"، وما بين المعكوفتين مثبَت من النسخ الأخرى.

(١) وزاد في ب: "الأخر عليه".

(٢) "على النكاح" ساقط من الف وب.

(٣) ما بين المعكوفتين من النسخ الأخرى.

(٤) وفي الف وب: "عن الأخر".

(٥) وفي الف وب: "فإن لم يتزوجها".

فإن سمّى لها مهرا، كان لها المسمّى، وإن لم يسمّ، كان لها مهر المثل عندنا، أما عندهما فلما ذكرنا، وكذلك عند أبي يوسف، لأن هنا العتق من المرأة، فلايَصلَح صَداقا، بخلاف الفصل الأول.

رجل تحته أمَة لرجل، قال له مولى الأمَة: طلّقها على أن أزوّجك أمَتي هذه الأخرى، فطلّق، وقع الطلاق، والمولى بالخيار، إن شاء زوج، وإن شاء لا.

فإن زوّج، فإن سمّى لها مهرا، فلها المسمّى، وإن لم يسمّ، كان لها مهر المثل، لأن الطلاق ليس بمال، فلايصلح مهرا، ويكون الطلاق رجعيا؛ لأنه لم يقابله بمال، وصريح الطلاق إذا لم يقابله مالٌ يكون رجعيا.

وإن أبَى أن يزوج، لاشيئ عليه، ولاعلى الأمَة، فرق بين الطلاق، وبين ما تقدم من العتق والنكاح والقصاص، لأن هناك إذا لم يوجد الوفاء بالشرط، يجب البدَل، وهو قيمة العبد، والدية، ومهر المثل[1]، وهنا لا يجب شيئ.

والفرق أن الطلاق بعد وقوعه[2] لايحتمل النقض، والخارج عن ملك الزوج بالطلاق مَنفعة البضع، ومنفعة البضع حال[3] الخروج، لاقيمة لها.

(١) سقطت العبارة من قوله: "لأن هناك إذا لم يوجد إلى مهر المثل.

(٢) "بعد وقوعه" ساقط من ب.

(٣) كذا في الأصل، وفي النسخ الأخرى: "وهو عند الخروج".

ألاترى أن الأب إذا خالع ابنَتَه الصغيرة على مالها، لم يجُز[1]، والمريضة إذا اختلعت بمال يُعتبر من الثُلث، وإتلاف ما لا قيمة له، لايوجب الضمان، فلا يجب شيء.

أما فيما تقدّم: الخارج عن ملكه بمقابلة النكاح في فصل العتق رقبة العبد، وأنها مال متقوّم، والقصاص متقوّم[2] أيضًا، حتى أن المريض إذا صالح عن دم عمد عليه، على عشرة آلاف، صحّ، ويعتبر من جميع المال.

وإنما يصح عَفو المريض، لا لانعدام القيمة، بل لعدم تعلّق حق الوارث؛ لأن حق الوارث يتعلق بالمال، والقصاص متقوّم، إلاأنه ليس بمال، و تبرّع المريض بما ليس بمال لايتقيّد بالثلث، كالتبرع بالمنافع.

وأشار محمد رحمه الله إلى فرق آخر، فقال: لأن الطلاق ههنا وقع[3] رجعيا، فلو وجب المال، يصير بائنا ضرورة، والطلاق إذا وقَع رجعيًا، لاينقلب بائنا، إلا أن هذا قول محمد.

أمّا عند أبي حنيفة رحمه الله: الرجعي[4] جاز أن ينقلب بائنا، فإن الزوج إذا جعله

---

(١) انظر: «المبسوط» ٦/ ١٧٩، و «جامع أحكام الصغار» للإمام محمد بن محمود بن الحسين الأستروشني المتوفي ٦٣٢هـ ١/ ١٦٥، ١٦٦.

(٢) وفي ب: "مال متقوم".

(٣) وفي الف وب: "لأن ههنا وقع الطلاق ورجعيا".

(٤) "الرجعي" ساقط من الف وب.

بائنا، يصير بائنا.

هذا إذا قال المولى[1]: طلّقها على أن أزوجك هذه الأمة الأخرى، فإن قال له: أبِنْها على أن أزوجك هذه الأخرى[2]، فكذلك الجواب، إلاأن ههنا الواقع يكون بائنا.

رجلان تحت كل واحد منهما أمَة صاحبه، فقال كل واحد منهما للآخر[3]: طلّق أمَتي على أن أطلق أمتك، فطلق أحدهما، وأبى الآخر، لايجبر عليه؛ لما قلنا.

ويكون رجعيا، طلق الآخر أو لم يطلق، لعدم وجوب المال، ولاشيئ للمطلّق على صاحبه عند عدم الوفاء بالشرط[4]؛ لما ذكرنا من أن منفعة البضع[5]، لاقيمة لها عند الخروج، فلا يمكن إيجاب الضمان بمقابلتها.

وإذا كان للصغير دم عمد على رجل، فصالَح الأب على الدية يجوز[6]؛ لأنه لو

(١) "المولى" ساقط من الف وب.

(٢) في الف: "الأمة الأخرى".

(٣) وفي الف وب: "لصاحبه".

(٤) "عند عدم الوفاء بالشرط" ساقط من الف وب.

(٥) وجاء في الف وب: "لما ذكرنا من عدم التقوم. ثم سقطت العبارة بعدها.

(٦) في أحكام الصغار: لو أراد أن يصالح عن قصاص وجب للصغير أو معتوه، في النفس أو فيما دون النفس، فله ذلك، ولو أراد أن يعفو عن ذلك فليس له ذلك. «جامع أحكام الصغار» للأستروشني، ٢/ ١٧٦.

باع ماله بمثل القيمة، يجوز، فالقصاص أولى.

امرأة قالت لعبدها: أنتَ حرّ على أن تزوجني على ألف، فقبل عتق، ولايجبر على النكاح؛ لما ذكرنا.

فإن تزوجها على ألف يقسّم الألف على قيمة العبد، ومهر مثلها، لأنها بذلت رقبة العبد[1] والبضْع بالألف، فيقسّم الألف عليهما، على اعتبار قيمتهما، حتى لو كان مهر مثلها مثل قيمة العبد، يكون نصف الألف ثمنا، ونصفها مهرا.

فإن طلقها قبل الدخول بها، يتنصّف حصّة المهر، فيكون لها مائتان وخمسون.

وإن أبى أن يتزوج، كان عليه خمسمائة، قيمة[2] حصة الرقبة.

وإن كانت قيمة الرقبة أكثر من حصّة الرقبة[3] من الألف، كان عليه تمام قيمته إذا لم يتزوجها؛ لأنها رضيت بالنقصان بشرط مرغوب، وهو النكاح، فإذا لم يسلم لها كان عليه تمام القيمة.

وإن كانت قيمته أقل من حصّتها من الألف، لاينتقص شيء من حصتها من الألف لأن ذلك القدر صار مسمّى بمقابلة الرقبة، فيسلم لها باعتبار التسمية على كل حال.

ـ والله أعلم ـ

---

(١) وفي الف وب: "بذلت الرقبة".

(٢) "قيمة" ساقط من الف وب.

(٣) "الرقبة" ساقط من النسخ الأخرى.

باب من نكاح الأمة التي يتزوّج عليها ولا يفسد النكاح حتى ترجع إليه الجارية أو بعضها

ذكر في الباب فصولا: فصل في النكاح، والشراء للأمة المنكوحة، وفصل في التزوج بمهر مستحق، وفصل في قوله: أعتق عبدك عني على ألف درهم[1].

بنى الباب على أن مِلك اليمين إذا طرأ على مِلك النكاح، أبطله[2]، و إذا قارَنه، يمنع ثبوته، لأن ملك النكاح ثابت بطريق الضرورة، وما يثبت بملك النكاح، يثبت بمِلك اليمين، وزيادة، فلاحاجة إلى ملك النكاح.

و حرف آخر[3]: أن مَن قضى دَين غيره بأمره، يَصير مُقرِضا من المديون، حتى يرجع على المديون[4] بذلك؛ لأنه إما أن يجعل واهبا، أو مُقرِضا، والقرض أدناهما،

(١) مسقطت هذه الفقراة كلها من الف وب.

(٢) لأن ملك اليمين أقوى، لأنه مطلق، ، وملك النكاح ضروري والقوي يدفع الضعيف. «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ١٩.

(٣) وفي الف: "أصل آخر".

(٤) وفي بقيّة النسخ: "حتى يرجع عليه".

فيُحمل عليه.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: حرّ تحته أمَة لرجل، فتزوج حرّة على رقبتها، بإذن مولاها، أو بغير إذنه، فبلّغه، فأجاز، أو أمَر مولى الأمة بأن يُزوّجه حرّة[١] على رقبتها، ففعل المولى ذلك[٢]، فإنه يجوز نكاح الحرة، و تَصير الأمَة ملكا للحرة، و لايفسد نكاح الأمة.

أمّا جواز نكاح الحرة؛ فلاستجماع الشرائط، و تَصير الأمة ملكا للحرة، لأنها جعلت مهرا بإذن المولى، و لو اشترى بها بإذن المولى عبدا لنفسه، تصير ملكا لبائع العبد، كذلك هنا.

وأمّا عدم فساد نكاح الأمة؛ لأن الزوج لم يملك شيئا من رقبتها، لانعدام التمليك منه نصا، و لو ثبت، إنما يثبت ضرورة أنه صار مستقرضا، و هذا الاستقراض ثبت ضمنا لقضاء الدين[٣]، وأنه ثبت هنا ضمنا، لقضاء الدين، فيثبت بقدر ما يتعلق به قضاء الدين، وقضاء الدين كما يصحّ بقرض موجِب حقيقة الملك، يصحّ بقرض موجِب حقَ الملك.

ألاترى أن المأذون[٤] أو المكاتب، إذا استقرض شيئا، و قَضَى به دَينه، يجوز، وإن

(١) "حرة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "ذلك" ساقط من الف وب.

(٣) قوله: "وهذا الاستقراض ثبت ضمنا لقضاء الدين" ساقط من الف وب.

(٤) "المأذون له" هو الذي فُكّ الحجر عنه، وأذن للتجارة، وأطلق له التصرف من مولاه إن كان

كان لايثبت له حقيقة الملك، وحق الملك لايُفسد النكاح، كالمكاتب إذا اشترى منكوحتَه، وإن ملَك رقبتَها، لكن ملكا[1] غير مستقرّ، فلايَفسد به النكاح، كالوكيل إذا اشترى منكوحتَه للموكل.

ويغرم الزوج قيمةَ الجارية لمولاها بحكم القرض.

ولايقال: بأن ستقراض الحيوان لايجوز، فكيف يجعل مستقرضا؟ ولأن في القرض الجائز، لايجب الضمان بدون القبض، ولم يوجد القبض هنا، فكيف يغرم في القرض الفاسد؟.

لأنا نقول: هذا استقراض ثبت في ضمن النكاح، لاقصدا، فلايعطى له حكم القرض ما بقي النكاح، وكم من شيئ يجوز حكما، ولايجوز قصدا.

وما قال: بأن القبض شرط! قلنا: هذا قرض ثبَت حكما وضمنا، فلايشترط فيه القبض، أو إن كان شرطا، فقد وجد؛ لأن المرأة تصير قابضةً للزوج[2] أولاً، ثم تصير قابضةً لنفسها، كمَن وهب لآخر دَينا، وسلّطه عليه.

فلو أنّ الحرة قبضَتها من المولى، ثم إن الزوج طلّق الحرّة قبل الدخول بها، وجب

عبدا، ومن وليّه إن كان صغيرا. «مجموع قواعد الفقه» ص٤٥٨.

(١) "ملكا" ساقط من ب.

(٢) "للزوج" ساقط من النسخ الأخرى.

عليهاَ ردّ نصف الأمة إلى الزوج؛ لأن الطلاق قبل الدخول يوجب تنصّف الصَداق[1].

ولو ارتدّت ـ والعياذ بالله تعالى ـ أو قبلت ابن زوجها، وجب ردّ الجارية إلى الزوج، ولايفسد نكاح الأمة، ما لم يقبض الأمَة[2] أو نصفها من الحرة، أو يقضى القاضي له بذلك؛ لأن الصداق إذا كان مقبوضا بنفس الفُرقة قبل الدخول، لايعود إلى ملك الزوج، وإنما يعود، إما بالقضاء أو [الرضى][3].

فلو أن الحرة ردّت كلّها، أو نصفها، فسد نكاح الأمة؛ لأن القرض السابق أوجَب حق الملك للزوج.

وإنما تأخر الملك[4] لقيام حق المرأة، فإذا زال ملكها بما هو في معنى النسخ، عمل القرض السابق عملَه في حقيقة الملك للزوج[5]، وملك اليمين في البعض إذا طرأ على ملك[6] النكاح، أبطله؛ لما قلنا.

(١) لصريح قوله تعالى: "وإن طلّقتم النساء من قبلِ أن تَمَسّوهنّ وقَد فرضتُم لهنّ فريضةً فَنصفُ ما فرَضتُم" سورة البقرة، الآية: ٢٣٧.

(٢) وفي ب: "ما لم يقبض الزوج الأمة".

(٣) كذا في ج و د، وفي الأصل: "أو بالرد عن رضى"، وفي الف و ب: "أو بالتراضي".

(٤) وراد في الف وب: "تأخر الملك للزوج".

(٥) "للزوج" ساقط من الف وب.

(٦) "ملك" ساقط من النسخ الأخرى.

ثم ينظر : إن كان ذلك قبل أن يقضي القاضي بقيمة الأمَة على الزوج، وعاد كل الجارية إلى ملك الزوج[١]، فإنّ مولى الأمة الأول يأخذ الجارية من الزوج، وليس له أن يأخذ القيمة، لأن استقراض الحيوان فاسد، فوجب عليه نقضه، وليس للزوج أن يمسك الجارية، ويدفع القيمة؛ لما ذكرنا.

هذا إذا عاد كل الجارية إلى الزوج بالردة ونحوها، وإن عاد نصفها بالطلاق قبل الدخول، فالمولى بالخيار، إن شاء أخذ نصف الجارية من الزوج، ويرجع عليه بنصف قيمتها، وإن شاء ترك نصف الجارية على الزوج، و ضَمنه جميع القيمة؛ لأنها خرجت عن ملك المولى جملةً، والآن تعيّبت بعيب الشركة، لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عَيب، فكان له أن لايرضى بعيب الشركة[٢].

هذا إذا وقعت الفرقة بينه و بين الحرة قبل أن يقضي القاضي عليه بقيمة الجارية.

أمّا إذا قضى القاضي عليه بقيمة الجارية، ثم وقعت الفرقة بينهما قبل الدخول، وعاد كل الجارية، أو نصفها[٣] إلى ملك الزوج، فلاسبيل للمولى عليها، ويكون حقه في القيمة؛ لأن القاضي حين قضى له بقيمة الجارية على الزوج[٤]، فقد نقل حقَه من عَين

(١) "ملك الزوج" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) عبارة: "فكان له أن لايرضى بعيب الشركة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) في الف وب: "وعادت إلى مللك الزوج".

(٤) سقطت العبارة التاليه: "حين قضى له بقيمة الجارية على الزوج" من الف و ب.

الجارية إلى قيمتها في وقت كان للقاضي ولاية النقل، فيتقرّر حقه في القيمة.

كالعبد المغصوب إذا أبق من الغاصب[١]، ثم عاد من الإباق، إن عاد قبل أن يقضي القاضي على الغاصب[٢] بالقيمة، عاد على ملك المالك، وإن عاد بعد أن قضى القاضي بالقيمة، عاد على ملك الغاصب.

وكذا في البيع الفاسد، إذا وهب المشترى المبيع وسلّم، وقضى القاضي عليه بالقيمة، ثم رجع في الهبة، ليس للبائع أن يستردّ، وكذا هنا.

وليس للزوج[٣] أن يردّ عليه الجارية، ويمتنع عن القيمة؛ لما ذكرنا.

وإن بانت الحرة قبل الدخول بها، بشيء مما ذكرنا، قبل القضاء بالقيمة[٤]، ولم يأخذها المولى من الزوج، ولم يقضِ القاضي بالأمة لمولاها، حتى أعتقها الزوج، أو دبّرها[٥]، أو استولدَها، أو باعها، أو وهبها وسلّمها، نفَذ ما صنع، ولاسبيل للمولى

---

(١) وفي ب: "من يد الغاصب".

(٢) قوله: "على الغاصب" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) وفي الف وب: "للمشتري" بدل الزوج.

(٤) "قبل القضاء بالقيمة" ساقط من الف وب.

(٥) "المدبّر": هو من أعتق عن دُبر، يعني في آخر حياة المولى، فالمطلق منه أن يعلق عتقه بموت مطلقا، مثل: إن متّ فأنت حر، أو بموت إلى مدة يكون الغالب فيه وقوعه، مثل: إن مت إلى مأئة سنة فأنت حر، والمقيد منه: أن يعلقه بموت مقيد، مثل: إن متّ في مرضي هذا فأنت حر.

عليها؛ لأنها ملك الزوج بالقرض الفاسد، فما لم ينقض ملكه، ينفذ تصرّفه لقيام الملك.

وهذه التصرفات مما لاتحتمل النقض، فيبطل حق المولى في الاسترداد، وكما لو حصل ذلك من المشترى شراءً فاسدا، فإنه ينفذ، ويبطل حق المولى في الاسترداد[1].

وإن كان المولى أعتقها في يد الزوج، لم يجز عتقه؛ لأن قبل الاسترداد، لاملك للمولى، إنما له حقّ التملّك، وحق التملّك لايكفي لنفاذ العتق.

فإن قضى القاضي بالجارية للمولى بعد ذلك، لم ينفذ إعتاقه، لأن إعتاقه[2] صادَف ملك الغير، فلاينفذ بملك متأخّر عن الإعتاق، كالبائع إذا أعتق المبيع بيعًا فاسدا في يد المشترى[3] ثمّ استردّه، لاينفذ إعتاقه.

هذا إذا عادت الأمَة إلى ملك الزوج بسبب الفرقة قبل الدخول، فإن لم يكن ذلك، ولكن الحرّة وهبتها للزوج، أو باعتها منه، فلاسبيل للمولى عليها، وإن لم يقضِ القاضي بالقيمة، لأنها عادت إليه بسبب جديد، لابسبب القرض، واختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان، كالمشتري شراءً فاسدا، إذا باع ثم عاد إليه بالهبة أو الشراء، لايكون للبائع أن يستردّ.

«التعريفات» ص٢٦٤، «مجموعة قواعد الفقه» ص٤٧٣.

(١) قوله: "فإنه ينفذ، ويبطل حق المولى في الاسترداد" ساقط من الف وب.

(٢) وفي الفوب: "لم ينفذ ذلك الاعتاق لأنه صادف".

(٣) في "يد المشتري" ساقط من الف وب.

بخلاف الفصل الأول؛ لأن ثمّة عادت إليه بما هو في معنى النسخ، لابسبب جديد.

هذا الذي ذكرنا إذا جعل الأمَةَ المنكوحةَ مهر الحرة[1]، فإن اشترى بها غلاما بإذن المولى، أو بغير إذنه، فأجاز، أو أمَر مولى الأمة بذلك، ففعل، جاز، وتصير الجارية ملكا لبائع الغلام، ولايفسد النكاح بينهما[2].

فإن انتقض البيع، عادت الجارية إلى ملك الزوج، وفسد النكاح بينهما، والجواب في هذه المسألة في جميع الوجوه، كالجواب في الفصل الأول.

ولو لم تكن الأمة منكوحةً، ولكنها ذات َرحم مَحرم منه، فتزوج حرةً على رقبتها بإذن المولى، أو اشترى بها غلاما بإذنه، أو أمر مولاها بذلك، ففعل، فالعتق هنا كفساد النكاح في الفصل الأول.

ففي كل موضع فسد النكاح ثمّة، تعتق الأمة هنا، وما لا فلا، لأن عتق القريب، وفساد النكاح يتعلقان بملك الرقبة، وقد وجد.

ولو قال لمولى الأمة: زوّجني امرأةً، فزوّجه حرة على رقبتها، جاز النكاح، وتكون الأمة للحرة، ولايرجع المولى بشيئ على الزوج؛ لأنه ممتثِل في أصل النكاح؛ لأنه أمره

---

(١) كذا في الأصل، وفي النسخ الأخرى: "إذا جعل الأمة مهرا".

(٢) "بينهما" ساقط من الف وب.

بعقد مطلق، ومتبرّع[1] في أداء الصداق عنه.

ألاترى أنه لو زوّجه امرأةً على ألف، ونقد الألف من مال نفسه، لايرجع عليه، كذلك ههنا.

فإن قبضتها الحرة، ثم فسد النكاح، إما بالرّدة، أو تقبيل ابنِ الزوج قبل الدخول، فردّتْها على الزوج، لم يفسد النكاح بينهما، لأنها عادت إلى ملك المولى، لاإلى الزوج، بخلاف ما تقدّم، لأن ثمّة صار الزوج مستقرضا، ولهذا يرجع المولى عليه بالقيمة، وهنا تبرّع المولى، ولهذا لايرجع المولى عليه[2] بالقيمة.

والأصل: أن من تبرّع بقضاء دَين الغير[3]، ثم انفسخ ذلك القضاء، فإن ما وقع به التبرّع، يعود إلى مِلك المتبرع، لاإلى مِلك المديون، لأنه تبرّع عليه بسقوط الدَين عن ذمته، لا بالتمليك منه.

ألاترى أن من تبرّع بقضاء دَين الميّت، يصحّ، وليس لأحد ولاية التمليك من الميّت.

ولو لم تكن الأمة منكوحةً، ولكنها ذات رحم محرم منه، لاتعتق، لانعدام الملك.

---

(١) وفي ج و د: "و تبرع"، وما ثبت أصح، فهذا عطف على قوله: "ممتثل".

(٢) قوله: "المولى عليه" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) وفي الف: "بقضاء دين غيره". وفي ب: "دين الغريم".

رجل تزوّج حرّة على أمة، فاستُحقّت الأمة، فعليه قيمتها، لأن من شرط صحة التسمية كون المسمّى مالا[1]، وقد وجد.

ألاترى أنه لو تزوّجها على دار، على أن يشتري لها هذه الدار، ويُعطيها مهرا، جاز، فكذلك هنا، فإذا عجز عن التسليم، مع قيام الموجب للتسليم، كان عليه قيمتها.

فلو أن القاضي لم يقض لها بقيمة الأمة[2]، حتى اشتراها الزوج من المستحق، كان عليه تسليم عين الجارية، وليس له أن يمتنع عن ذلك، ولا للمرأة أن تمتنع من القبول، لأن تسمية مال الغير مهرا، يوجب لها حق التّملك عند القدرة، وقد قدر.

وهذا بخلاف ما تقدّم، [فإن ثمّة][3]، إذا عادت إليه بملك جديد، ليس له أن يسترد، لأن ثمّة الثابت للمولى حق الإعادة إلى قديم ملكه، فإذا عادت إليه بملك جديد، لايكون له أن يسترد أما هنا بخلافه.

فلو أن الزوج لم يدفعها إلى المرأة، ولم يقض القاضي لها، حتى أعتقها، أو دبّرها، أو استولدها، جاز جميعُ ما صنع، لأن حقيقة الملك للزوج، وللمرأة حق التملك، فكان تصرّفه مصادفا ملك نفسه، فنفذ، وكان عليه قيمتها للعجز عن التسليم.

---

(١) قال الكاساني: لصحة التسمية شرائط، منها: أن يكون المسمى مالا متقوما. «بدائع الصنائع» ٢/ ٢٧٧.

(٢) وفي الف وب: "بقيمة الجارية".

(٣) ما بين المعكوفتين مثبت من النسخ الأخرى، وفي الأصل: "لأن فيما تقدم ذكرنا أنها".

ولو كان القاضي قضى لها بالقيمة قبل أن يملكها الزوج، فلاسبيل للمرأة عليها، لأن القاضي[1] نقل حقها من العين[2] إلى القيمة في حال ولايته، فصح النقل.

حرّة تحت عبد، قالت لمولاه: أعتق عبدك عني على ألف درهم، ففعل، عتق العبد عنها، وعليها الألف للمولى، وفسد النكاح، لأن الإعتاق عنها لايكون إلاّ بعد التملك، فثبت سابقا، بخلاف ما تقدم، لأنه صار مستقرضا، ضمناً للنكاح، وقضاء الدّين يصح بدون الملك، أما الإعتاق لايكون بدون الملك.

وكذلك حرّ تحته أمة، قال لمولى الأمة: أعتقها عني على ألف درهم، ففعل، فسد النكاح، وتعتق عن الآمر، وعليه ألف درهم.

-والله أعلم-

(١) "القاضي" ساقط من ج و د.

(٢) "من العين" ساقط من الف وب.

باب إتيان المرأة في غير الفرج

بني الباب على أن اللواطة لا توجِب حدّ الزنا في قول أبي حنيفة، وعندهما توجب، والمسألة معروفة[١].

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل أتى امرأة ليست بمنكوحة له ولا أمة له في دبرها، فعليهما الحد، عندهما الرجم إن كانا محصنين، والجلد إن كانا غير محصنين، وكذا اللواطة مع بالغ طاوعه، توجب الحد عليهما.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لاتوجب حدّ الزنا، ويجب التعزير، والرأي فيه إلى الإمام، إن شاء قتله إن اعتاد ذلك، وإن شاء ضرَبه أشدّ الضرب، وحبسه[٢].

و وَضعُ المسألة في الأجنبية، دليل على أنه لو فعَل ذلك في[٣] منكوحته، أو أمته،

(١) يرجع لتفصيل آراء الفقهاء وأدلتهم إلى: «المبسوط» ٩/ ٧٨، «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٤، «فتح القدير» ٤/ ١٥٠، ١٥١، «إعلاء السنن» ١١/ ٥٩٤.

(٢) انظر «فتح القدير» و«العناية» فقد ذكرا هذه المسائل محيلا إلى الزيادات. ٤/ ١٥٠

(٣) وفي الف وب: "مع منكوحته".

لايجب الحد بالاتفاق(١)، لأن ظاهر قوله تعالى: ﴿فَأْتُوا حَرْثَكُم أنّى شِئْتُم﴾(٢)، وقوله تعالى: ﴿إلاّ على أزواجِهِم أو مَا مَلَكَتْ أيمانُهُم﴾(٣)، أورث شبهة.

ثم إن محمدا ذكر في الباب فروعا، بعضها تشهَد لصحةِ مذهب أبي حنيفة، وبعضها(٤) لصحة مذهبهما.

منها: أنه يجب الاغتسال بنفس الإيلاج على الفاعل والمفعول به.

وإن كان رجلا، جعَل الإيلاج في الدبر، بمنزلة الإيلاج في القبل، وهذا يؤيّد قولَهما،

---

(١) وإن كان محرّما عليه ذلك، فيوجب التعزير، قال ابن الهمام: "ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو زوجته بنكاح صحيح أو فاسد لايحدّ إجماعا، كذا في الكافي، نعم فيه ما ذكرناه من التعزير، والقتل لمن اعتاده إن رأى الإمام ذلك". «فتح القدير» ٤/ ١٥٠، وقال الحصكفي: "وقالا: إن فعل في الأجانب حدّ، وإن في عبده أو أمته أو زوجته، فلا حدّ إجماعا، بل يُعزّر". «ردّالمحتار» ٣/ ١٥٥، وقال الإمام النووي: اتفق العلماء الذين يعتدّ بهم على تحريم وطء المرأة في دبرها، حائضا كانت أو طاهرا، لأحاديث كثيرة مشهورة، كحدبث: ملعون من أتى امرأة في دبرها. «شرح صحيح مسلم» للنووي، ١٠/ ٢٤٨.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٣.

(٣) تمام الآية: "إلا عَلى أزوَاجهم أو ما مَلَكَتْ أيمانُهُم فإنهم غيرُ مَلُومِين" سورة المؤمنون، الآية: ٦، وسورة المعارج، الآية: ٣٠.

(٤) وزاد في الف وب: "تشهد لصحة مذهبها".

والعذر لأبي حنيفة رحمه الله أن وجوب الغسل[1] بمجرّد الإيلاج في القبل، إنما كان، لكونه مشتّهى علىَ وجه الكمال، وفي مثِله يشتبه الإنزال، فأقيم الإيلاج مقام الإنزال، وهذا المعنى موجود في اللواطة، مع أن الغسل يحتاط في إيجابه، والحدّ يحتاط في َدرئه.

ولو أتى بهيمةً، لايجب الحد بالإجماع[2]، ولايجب الغسل ما لم ينزل، لأنه ناقص في اقتضاء الشهوة، ولا يميل إليه إلاّ السفيه الذى يتناهى شَبَقه[3]، ولهذا لايجب َستره، ولايحرم النظر إليه، فصار بمنزلة الاستمتاع[4] بالكفّ، وثمّة لايجب الغسل ما لم ينزل.

ولو قذَف رجلا بعملِ قوم لوط، أو بإتيان المرأة الأجنبية في الدبر، عندهما يجب حد القذف، لأن هذا الفعل زنا عندهما، فالقذف به بمنزلة القذف بالزنا.

وعند أبي حنيفة لايجب حد القذف[5]، لأنه ليس بزنا، لايجب الحد على فاعله،

---

(١) كذا في الأصل، وف النسخ الأخرى: "وجوب الاغتسال".

(٢) إلا أنه يعزر، لارتكابه المنكَر، لكن ليس فيه تقدير شرعي، ففيه التعزير. راجع «الهداية» و«فتح القدير» ٤/ ١٥٢.

(٣) شَبِقَ الرجل شبَقا، فهو شَبِق، اشتدت غُلمته، وهاجت به شهوة النكاح. «المصباح المنير» ص ٣٠٣، «القاموس المحيط» ص١١٥٧.

(٤) وفي الف وب: "الاستمناء با للكف".

(٥) "القذف" ساقط من النسخ الأخرى.

فلا يجب على قاذفه[1].

وكذا لو قذف زوجتَه بذلك، عندهما يجب اللّعان، وعنده لا.

ولو قال: "يا لوطي!" لايجب الحد بالاتفاق[2]، لأنه نسبَه إلى نبيّ من الأنبياء عليهم السلام، فصار كما لو قال: "يامحمدي".

ولو تزوج امرأةً نكاحا فاسدا، فأتاها في دبرها، لايجب الحد، ولا العُقر[3]، ولا العِدّة، ولو كان النكاح جائزا لاتحلّ للزوج الأول، وهذا يؤيّد مذهبه.

وهما يقولان: تقويم البضع في النكاح الجائز، والوطء عن شبهة، أمر[4] عُرِف شرعًا بخلاف القياس، لكونه محلاً للتوالد. وهذا المعنى معدوم هنا، فلايَلحق به[5].

ووجوب العدّة في الوطء عن شبهة. لصيانة الماء عن الخَلط، وأنه لايُتصوّر هنا، وإنما لايجب الحد، لأن العقد الفاسد يفيد صورةَ الإضافة بالزوجية، فيورِث شبهةً،

---

(١) راجع: «المبسوط» ٩/ ١٢٠، «بدائع الصنائع» ٧/ ٤٤، «تبيين الحقائق» للزيلعي ٣/ ٢٠٠.

(٢) المصدر السابق.

(٣) "العُقر": صَداق المرأة إذا وطئت بشبهة، ، وسمّي العقر عُقرا لأنه يجب على الوطيء، عَقَر يعقِر، إياها بكارتها، أي: يجرحها، وفسّره ابن عابدين نقلا عن ابن الهمام: العقر: هو مهر مثلها في الجمال. «ردّالمحتار» ٢/ ٣٨٢، «المصباح المنير» ص ٤٢١، «أنيس الفقهاء» ص ١٥١.

(٤) قوله: "أمر" ساقط من النسخ الأخرى، وثبوته أولى.

(٥) "به" ساقط من الف وب.

كحقيقة الإضافة[1] في النكاح الجائز.

وإنما لا تحلّ للزوج الأول بهذا الفعل[2] في النكاح الجائز إذا كان طلقها ثلاثا، لأن حِل النكاح للزوج الأول[3] معلّق بالوطء في القبل؛ لقوله عليه السّلام: «لا، حتى تذوقي عُسَيلته و يذوق عُسَيلتك»[4].

---

(١) وفي الف وب: "كحقيقة الإضافة".

(٢) "بهذا الفعل" ساقط من الف وب.

(٣) كذا في الأصل، والعبارة: "في النكاح الجائز إذا كان طلقها ثلاثا، لأن حِل النكاح للزوج الأول" ساقطة من النسخ الأخرى.

(٤) تمام الحديث: عن عايشة رضي الله عنها قالت: جاءت امرأة رفاعة إلى رسول الله ﷺ فقالت: كنت عند رفاعة، فطلّقني فبَتّ طلاقي، فتزوجت بعده عبدَ الرحمن بن الزبير، وإن ما معه مثلُ هُدبة الثوب، فتبسّم رسول الله ﷺ، فقال: «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عُسيلتَه ويذوق عسيلتَكِ» أخرجه مسلم في النكاح، باب لا تحلّ المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره ويطأها، الحديث: ٣٥١٢، ٣٥١٣، ٣٥١٤، وأخرجه البخاري في الشهادات، باب شهادة المختبئ، الحديث: ٢٦٣٩، وأخرجه الترمذي في النكاح، باب ما جاء فيمن يطلق امرأته ثلاثا فيتزوجها آخر فيطلقها قبل أن يدخل بها، الحديث: ١١١٨، وأخرجه ابن ماجة في النكاح، باب الرجل يطلق امرأته ثلاثا فتزوّج فيطلقها قبل أن يدخل بها أترجع إلى الأول، الحديث: ١٩٣٢، وأخرجه النسائي في الطلاق، باب إحلال المطلقة ثلاثا والنكاح الذي يحلّ بها، الحديث: ٣٤١١.

ولو كان النكاح جائزا، وأتاها في دبرها، لايتأكّد به المهر، لأن المهر إنما يتأكّد باستيفاء المعقود عليه، أو بالتمكّن منه، ولم يوجد.

وَروى هِشام[1] عن محمد رحمهما الله: أنه يتأكّد به المهر، لوجود التمكّن خاليا عن الموانع.

ولو نظر إلى موضع الجماع من دبر أجنبية بشهوة، لاتثبت حُرمة المصاهرة[2].

وكذا النظر إلى دبر الغلام لايحرم نكاح الأمّ والبنت، لأن سبب حرمة المصاهرة، الجزئيّة، إلا أن سبب الجزئيّة، يقام مقام الجزئية احتياطًا، والنظر داعٍ إلى الفعل فيه، والفعل فيه ليس بسبب للجزئية، فلايقام مقام الجزئية، بخلاف النظر إلى القبل، لأنه داعٍ إلى ما هو سبب الجزئية.

وكذا لو طلّق امرأته طلاقا رجعيا، ونظر إلى دبرها بشهوة، أو أتاها في دبرها،

---

(١) هِشام بن عُبيد الله الرازي، تفقّه على أبي يوسف ومحمد، ومات محمد رحمه الله في بيته بالرّيّ، ودفن في مقبرتهم، وله «النوادر» و«صلاة الأثر» وقال أبو حاتم: صَدوق، ما رأيت أعظم قدرا منه، وعن ابن حبان قال: كان هشام ثقة.

ترجمته في: طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٣٨، كتائب أعلام الأخيار برقم ١٠٦، الطبقات السنية برقم ٢٦٣٤، الجواهر المضية برقم ١٧٧٥، كشف الظنون ٢/ ١٩٨١، الفوائد البهية ص ٢٢٣، أخبار أبي حنيفة وأصحابه للصيمري ص١٥٥.

(٢) انظر: «فتح القدير» ٢/ ٣٦٥، «ردّالمحتار» ٢/ ٥٣٠.

لايصير مراجعا[1]، لأن الرّجعة لم توجد نصّا، إلاّ أنه إذا وطئها في القبل، جعلناه مراجعا، حملا لأمره على الحلّ والصلاح، وصيانةً له عن الحرام، وهذا الفعل مما لايحلّ بحالٍ ما، فلايصير مراجعا.

وحكى ابن رستم[2] عن محمد رحمهما الله أنه كان يقول بحرمة المصاهرة، والرجعة، ثم رجع.

---

(١) لا خلاف بين الفقهاء أن النظر إلى دبر المطلقة طلاقا رجعيا لايعتبر رَجعة، قال ابن الهمام في بابَ الرجعة: "وهذا التعميم يفيد أن النظر إلى دبرها لايكون رجعة، وبه صرّح في نكاح الزيادات"، واختلفوا في الوطء في دبرها، فقال بعض الفقهاء: إنه ليس برجعة، وإليه أشار القدوري، وهو ما ذكره الشارح، لكن الفتوى على أنه رجعة، إذ هو مسّ بشهوة وزيادة، وعليه اعتمد ابن الهمام وابن نجيم والزيلعي والحصكفي وابن عابدين، فالوطء في الدبر لايوجب حرمة المصاهرة ويوجب الرجعة على الراجح، قال ابن عابدين: لأن المعتبر هنا المسّ بالشهوة، بخلاف المصاهرة، لأنه يعتبر فيها زيادة على ذلك: شهوة تكون سببا للولد، ولذا لم يوجبها ذلك الوطء. راجع: «فتح القدير» ٣/ ١٦٣، «البحر الرائق» ٢/ ١٥١، «ردّالمحتار» ٢/ ٥٣٠.

(٢) ابراهيم بن رستم أبو بكر المَروَزي، تفقّه على محمد بن الحسن، وسمع من مالك والثوري وشعبة وحماد وغيرهم، وروى عنه أئمة الحديث الإمام أحمد بن جنبل وزهير وغيرهم، له «النوادر» كتبها عن محمد، مات بنيسابورسنة ٢١١هـ و المروزي نسبة إلى مَرو بلدة معروفة.

ترجمته في: طبقات الفقهاء لطاش كبري زاده ص ٤٣، تاج التراجم ص ٣، كتائب أعلام الأخيار برقم ١١١، الطبقات السنية برقم ٣٧، الجواهر المضية برقم ١٩، كشف الظنون ٢/ ١٩٨١، الفوائد البهية ص ٩، لسان الميزان ١/ ٥٦، ميزان الاعتدال ١/ ٣٠.

ولو أتى امرأةً في دبرها، لاتحرم عليه أمّها وبنتها.

من المشايخ مَن قال: هذا غلط، لأن حرمة المصاهرة ثبتت بمجرّد المسّ، وقد وجد هنا وزيادة، إلا أن الصحيح ما قال في الكتاب، لأن المسّ عن شهوة، إنما يوجب حرمة المصاهرة، لكونه داعيا إلى سبب الجزئية[1].

وعلى هذا قالوا: إن المسّ بشهوة، إذا اتصل به الإنزال، لايوجب حرمة المصاهرة، لأنه لما اتّصل به الإنزال، لايبقى داعيا إلى الوطء.

إذا قال لامرأته: "دبرك طالق"، لايقع الطلاق، وكذا لو قال لأمَته: "دبرك حرّ"، لا تعتق، بخلاف ما إذا أضاف إلى الفرج، لأن الفرج يعبّر به عن جميع البدن، أما الدبر، فلا يعبّر به عن جميع البدن.

ـ والله أعلم ـ

---

(١) انظر «ردّالمحتار» ٢/ ٥٣٠.

باب المكاتب تملكه امرأته[1]

بنى الباب على أن حقّ الملك يمنع ابتداء النكاح، ولايمنع البقاء، لأن المفسد هو الملك والحق هو الملك من وجه.

واعتبار شبهة الملك، إن كان يمنع النكاح، فاعتبار العدم لايمنع، فوقَع الشكّ، فإذا قارن النكاح، وقع الشك في ثبوت النكاح، فلايثبت بالشك، وإذا اعترض على النكاح؛ وقَع الشكّ في الزوال، فلايزول.

ولهذا قال: إن المولى إذا تزوج بجارية، من أكسابِ مكاتَبه، لايجوز، والمكاتَب إذا اشترى منكوحة مولاه، لايفسد النكاح.

وأصل آخر: أن الدّيون إذا اجتمعت، وضاق المحل عن الوفاء بها، يبدأ بالأقوى فالأقوى، لأن الأدنى لايُزاحم الأقوى[2].

(١) ورد عنوان الباب في «شرح الزيادات» للعتّابي: باب الرجل يزوج ابنته مكاتَبه في فساد النكاح إذا ملكت كله أو بعضه. وزق ٢٠.

(٢) "الأدنى لايزاحم الأقوى"، قاعدة معروفة لدى الفقهاء، ذكرها قاضي خان بتعبير آخر في ص ٤٠: "الأدنى لايصلح ناقضا للأعلى"، كما ذكرها السرخسي في عدة مواضع من «المبسوط» بقوله: "الضعيف لايُفسد القوي"، ١/ ١٥٥، و "لايظهر الضعيف في مقابلة القوي"، ٦/

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل زوّج ابنته البالغة برضاها من مكاتَبه، جاز، لأنه لو زوّجها من عبده، يجوز، فمِن المكاتب أولى.

و إن كانت صغيرة فعند أبي حنيفة كذلك، وعندهما لايجوز، لانعدام الكفاءة[1].

فإن مات المولى، وهو معتق رجل، ولم يدَع مالاً آخر، وترك ابنته، ومولاه الذى أعتقه، لايبطل[2] النكاح عندنا[3]، لأن المكاتَب لايورَث، كما لايُملَك بسبب آخر.

فإن طلّقها المكاتب بعد ذلك طلاقا رجعيا، كان له أن يراجعها، لأن الرّجعة استدامة النكاح، وحق الملك لايمنع الاستدامة.

وإن طلّقها بائنا، وأراد أن يتزوّجها، لايجوز؛ لأنه ثبت لها حق الملك في رقبته، حتى إذا عجز، تملكه بالسبب السابق على النكاح، وحق الملك يمنع ابتداء النكاح.

فإن مات المكاتب بعد موت المولى[4]، وترك ثلاثة آلاف درهم، وبَدل الكتابة

١٢١، و "الضيف لايُعارض القوي"، ١١/١٦.

(١) قال المرغيناني: من زوّج ابنته، وهي صغيرة عبدا، أو زوّج ابنه وهو صغير أمةً، فهو جائز، وهذا عند أبي حنيفة، لأن الإعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها، وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة، فلا يجوز. انظر: «الهداية» و«فتح القدير» ٢/ ٤٢٦.

(٢) كذا في الأصل، وفي النسخ الأخرى: "لايفسد".

(٣) "عندنا" ساقط من النسخ الأخرى غير الأصل.

(٤) "بعد موت المولى" ساقط من الف وب.

ألف، والمهر ألف، يبدأ بالمهر؛ لأنه دَين من كلّ وجه، وبدل الكتابة دين من وجه، ولهذا جازت الكفالة بدَين المهر، ولاتجوز ببدل الكتابة.

ثم ببدل الكتابة[1] ويكون ذلك بين البنت والمعتق نصفان، ميراثا عن المولى، وما بقي يكون[2] لورثة المكاتب.

ثم إن كانت المرأة في نكاحه، كان لها الرّبع، والباقي لغيرها، وإن لم يكن له وارث سواها، كان لها الربع، والباقي لمعتق مولاه.

وإن لم تكن المرأة في نكاحه، كان جميع ميراثه لمعتق مولاه، ولاشيء للبنت، لأنها لاتَرِث بالوَلاء، قال عليه السّلام: «ليس للنساء من الوَلاء إلاما أعتقن، أو أعتق من أعتقن»[3]، وعليها عدّة الوفاة، لأنها لاتَملك شيئا من رقبة زوجها، فكان انتهاء النكاح بالموت.

---

(١) سقطت عبارة: "ثم ببدل الكتابة" من النسخ الأخرى، وثبتت في الأصل.

(٢) "يكون" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) قال الزيلعي: غريب، وأخرجه البيهقي عن علي، وابن مسعود، وزيد بن ثابت: أنهم كانوا يجعلون الولاء للكبير من العصبة، ولايورثون النساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن، «سنن البيهقي» كتاب الولاء، باب لاترث النساء الولاء، ١٠/٣٠٦، وأخرج ابن أبي شيبة في «مصنفه» عن الحسن أنه قال: لاترث النساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن، وروى عبد الرزاق في «مصنفه» عن علي بن أبي طالب قال: لاترث النساء من الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن. انظر «نصب الراية» ٤/ ١٥٤.

وإن مات المكاتب قبل الدخول، بعد موت المولى، وترك ألفا، تصرف إلى بدل الكتابة؛ لأنه لو صرف إلى المهر، يموت عاجزا، فتصير كل الرقبة، أو بعضها ملكا للمرأة، فيفسد النكاح، وهذه فرقة، حصلت من قبلها، قبل الدخول، فتوجب سقوط الصّداق[1]، فكانت البداية بالمهر إبطال المهر في الزمان الثانى، فيبدأ ببَدل الكتابة، ويحكم بالحريّة في آخر جزء من أجزاء حَياته، ولايفسد النكاح بينهما[2]، وعليها عدة الوفاة.

ثم إن ظهر للمكاتب مال من دَين أو وديعة، استوفَت صَداقها من ذلك، وإن لم يظهر، فليس هذا بأوّل دَين تَاوٍ[3].

وإن كان دخل بها، والمسألة بحالها، فإن لم يكن مع البنت وارث آخر، فكذلك، لأنّا لو بدأنا بالمهر، يموت عاجزا، فتملك جميع زوجها، وذلك يوجِب سقوط كلّ الصداق، فلايسلّم لها شيئ من المأخوذ بجهة المهر، ولو أخذت بجهة الكتابة، كان سالما لها بهذه الجهة، فيبدأ ببَدل الكتابة.

وإن كان لأبيها وارث آخَر، وقد دخل بها، يبدأ بالمهر هنا؛ لأنّا لو بَدأنا بالمهر،

(١) وفي الف وب: "فتوجب سقوط كل المهر"

(٢) "بينهما" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) أي: هالك، تَوِي المال، يتوَى توىً، التوى: الهلاك، وذهاب مال لايُرجى. «القاموس المحيط» ص١٦٣٤، «تهذيب لسان العرب» ١/ ١٣٨.

حتى[1] يموت عاجزا، لاتَملك جميع زوجها، وإنما تملك قدرَ نصيبها، و المرأة إذا ملكت بعض زوجها بعد الدخول، لايسقط كل المهر، وإنما يسقط بقدر ما ملكت.

والأصل: هو البداية بالمهر، إلاّ إذا أدّى ذلك إلى إبطال كل المهر، وإذا بَدأنا بالمهر، يموت عاجزا، فتصير الرقبة مع الكسب ميراثا[2] بينها وبين العصبة نصفان، فيسقط نصف الصداق بقدر ماملَكت من زوجها، ويبقى النصف في نصيب الوارث الآخر من الأب، فتأخذ نصف الألف ميراثا عن الأب، والنّصف من العصبة بحكم المهر، فيسلَّم جميع الألف لها بهذا الطريق، ويفسد النكاح.

وعليها عدّة فساد النكاح ثلاث حيض؛ لأنه مات عاجزا، فملكت بعض الزوج، فيفسد النكاح بعد الدخول.

وإن ترك المكاتب[3] أقلّ من ألف درهم، فقد مات عاجزا على كل حال، فإن كان قبل الدخول، يسقط كلّ المهر، وما ترك، فهو بينها و بين مولى الأب، ميراثا عن الأب نصفان، لأنه كسب عبدٍ مشتركٍ.

فإن كان بعد الدخول: فإن لم يكن للمولى معها وارث آخر، بطَل جميع المهر، وما ترك يكون لها، ميراثاً عن الأب.

---

(١) "حتى" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) وزاد في الف وب: "ميراثا عن الأب".

(٣) "المكاتب" ساقط من الف وب.

وإن كان مَعَها عَصَبَة، يبطل نصف المهر، بقدر ما ملكت من رقبة زوجها[1]، ويبقى نصف المهر في نصيب العصبة، فتأخذ نصف الكسب بالميراث، والباقي من العصبة، بما بقي لها من المهر، ولاعدّة عليها إن كان قبل الدخول، وإن كان بعد الدخول. تعتدّ بثلاث حيض.

وإن كان ترك ألفاً و زيادة هي أقلّ من ألفين، فإن كان قبل الدخول، يبدأ بالكتابة، لأنا لو بدآنا بالمهر، يموت عاجزا، فيبطل كل المهر، وإن بدأنا بالكتابة نحكم بحُريّته، و نأخذ ما فضُل من بدل الكتابة بالمهر.

وإن كان بعد الدخول، إن لم يكن معها وارث آخر، فكذلك، وإن كان معها وارث آخر، بُدِئ بالمهر، لأنه أقوى، ولو بُدئ بالمهر، لايسقط كله، وإذا بدأنا بالمهر، فما بقي، لايفي ببدل الكتابة، فتبيّن أنه مات عاجزا، فكان ما بقي، بينها وبين مولى الأب نصفين.

والألف الذى صرف إلى المهر، لها النصف منها بحكم الميراث، ونصف الألف للوارث الآخر. ولها أن تأخذ ذلك مما بقي من دَينها من نصيب الوارث الآخر، فيسلّم جميع الألف لها بهذا الطريق.

وإن كان المكاتَب ترك ألفَي درهم، يبدأ بالصداق، لأنه أقوى، ويُصرف الباقي إلى المكاتبة، ويحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته، وعليها عدّة الوفاة.

---

(١) "بقدر ما ملكت من رقبة زوجها" ساقط من الف وب.

ولو لم يمت المكاتب، ولكنّه عجز، فسَد النكاح بينهما.

فإن كان قبل الدخول، يسقط جميع الصداق. لأن هذه فُرقة جاءت من قِبَلها، قبل الدخول، لأن علّة الفساد الملك، والملك يضاف إلى المالك، لا إلى المملوك، ويكون الكسب مع العبد بينها وبين معتق الأب نصفان.

وإن كان بعد الدخول، سقط نصف المهر بقدر ما ملكت من رقبة زوجها، ويبقى نصف المهر في نصيب الوارث الآخر، ويقال للوارث الآخر: إمّا أن تقضي دَين نصيبك، أو تبيع نصيبَك بالدين، كما هو الحكم في دَين العبد.

فإن كان في يد المكاتب ما لايفي ببدَل الكتابة، يُحكم بعجزه، وإن كان في يده مايَفي ببدل الكتابة، لايُحكم بعجزه، لأنه حَيّ، يؤدّى بدل الكتابة، فلايحكم بعجزه، بل يستوفي بدل الكتابة مما في يده، ويحكم بحريته، وتَتْبَعه المرأة بمهرها.

ـ والله أعلم ـ

كتاب الطلاق

باب من المشيئة والمحبّة والإرادة

في الباب عشرة ألفاظ:

أربعة منها ألفاظ التمليك: المشيئة، والمحبة، والإرادة، والرضى.

وستة ليست للتمليك وهي: الأمر، والإذن، والقضاء، والحكم، والعلم، والقدرة.

وجعل كلّ ذلك على وجهين: إما إن كان مضافا إلى الله تعالى[1] أو إلى العباد[2].

وكل وجه على وجوه ثلاثة: إما إن كانت الإضافة بحرف الباء، أو بحرف اللام، أو بكلمة "في".

والأصل فيه: أن حرف الباء للإلصاق[3]، يقال: "كتبت بالقلم"، "وضربت بالسيف".

(١) كقول الرجل لزوجته: أنتِ طالق بمشيئة الله، ومحبته، وإرادته . . .

(٢) كقول الرجل لزوجته: أنتِ طالق بمشيئة فلان، ومحبته، وإرادته . . .

(٣) انظر «أصول السرخسي» باب بيان معاني الحروف المستعملة في الفقه، ١/ ٢٢٧.

وحرف اللام للتعليل، قال عليه السلام: «صوموا لرؤيته وأفطِروا لرؤيته»[١].

وكلمة "في" للظرف حقيقة، فإذا دخلت على الفعل يراد بها الشرط، ولهذا لو قال لامرأته: "أنتِ طالق في دخولكِ الدار"[٢]، لايقع ما لم تدخل[٣].

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله:

رجل قال لامرأته: أنتِ طالق بمشيئة الله، أو بمحبّته، أو بإرادته، أو برضاه، لايقع[٤]، ويكون استثناء[٥].

---

(١) أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه في كتاب الصيام، باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال والفطر لرؤية الهلال، الحديث: ٢٥١١ و٢٥١٢، وأخرجه البخاري في كتاب الصوم، باب قول النبي ﷺ: إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فأفطروا، الحديث: ١٩٠٩، وأخرجه النسائي في الصيام، باب إكمال شعبان ثلاثين إذا كان غيم وذكر اختلاف الناقلين عن أبي هريرة، الحديث: ٢١١٦ و٢١١٧.

(٢) "الدار" ساقط من (ج) و (د).

(٣) كلمة "في" للظرف باعتبار أصل الوضع، والظرف أنواع ثلاثة: ظرف الزمان. وظرف المكان، وظرف الفعل، وظرف المكان مثل قوله: أنت طالق في الدار، فإنه يقع الطلاق عليها حيثما تكون، لأن المكان لايصلح ظرفا للطلاق، إلا أن يقول: عنيتُ: إذا دخلت. فحينئذ لايقع الطلاق ما لم تدخل باعتبار أنه كنى بالمكان عن الفعل الموجود فيه، أو أضمَر الفعل في كلامه، فكأنه قال: أنت طالق في دخولك الدار، وهذا هو ظرف الفعل. ملخصاً من «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٤.

(٤) ذكره السرخسي في أصوله بقوله: و على هذا قال في الزيادات: إذا قال أنت طالق بمشيئة الله أو بإرادته أو بحكمه لم تطلق، وكذلك سائر أخواتها؛ لأن الباء للإلصاق، فيكون دليلا على

وإن قال: بمشيئة فلان، أو بمحبّته، أو بإرادته، أو برضاه، أو بهواه، كان تمليكا[1]، إن قال فلان في المجلس: شئت، أو رضيت، أو ما أشبه ذلك، يقع وإلاّ فلا[2].

وفي غير ألفاظ التمليك بأن قال: بأمر الله، أو بإذن الله، أو بحكم الله، أو بعلم الله، أو غيرها من الألفاظ، يقع الطلاق[3]، وكذا إذا أضاف إلى العبد، وقال: بأمر فلان أو غيرها[4]، يقع الطلاق[5].

لأن حرف الباء للإلصاق، وإلصاق الطلاق بالمشيئة أو غيرها في معنى التعليق، فإن الطلاق إذا التصق بالمشيئة وغيرها[6]، يتعلق الوقوع بوجودها، والتعليق بالموجود تنجيز،

معنى الشرط، مفضيا إليه. «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٨.

(٥) يقول ابن عابدين موجّها له: لأن الباء للإلصاق، وهو المعنى الحقيقي لها، فيلتصق وقوع الطلاق بأحد هذه الأربعة، وهي غيب لا يطلع عليها، فلا تطلق بالشك. «ردّالمحتار» ٢/ ٥١٣.

(١) وفي حال كون هذه الأربعة للتمليك، يقتصر على المجلس، أي: مجلس اعلم، فإن شاء فيه طلّقت، وإلا خرج الأمر من يده. انظر «ردّالمحتار» ٢/ ٥١٣.

(٢) راجع: «بدائع الصنائع» ٣/ ١٢١، «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٣٧٠، «ردّالمحتار» ٢/ ٤٨٥.

(٣) لفظ: "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) يقع الطلاق في كلتا الحالتين، قال ابن عابدين: إذ يُراد بمثله التنجيز عرفا، انظر «ردّالمحتار» ٢/ ٥١٣.

(٥) لفظ: "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٦) لفظ: "وغيرها" ساقط من النسخ الأخرى.

وبأمر في المستقبل ليس بتنجيز[1].

وحرف الباء يستعمل في الماضي، قال الله تعالى: «ذلكَ بما قَدّمَتْ يَدَاكَ»[2].

ويستعمل في المستقبل أيضا حتى لو قال لها: أنت طالق بدخولك الدار، أو أنت طالق بقبولك الألف، يتعلق بدخول وقبول في المستقبل.

ففي ألفاظ التمليك يراد بها المستقبل عُرفا، يقول الرجل: "أنا خارج إلى موضع كذا بمشيئة الله"، ويريد بها أن يظهر عندها في المستقبل.

وإذا انصرف إليها صار كأنه قال: أنت طالق إن شاء الله، أو أنت طالق إن شاء فلان، ولو قال هكذا، ففي الإضافة إلى الله تعالى يكون[3] استثناء، وفي الإضافة إلى العبد يكون تمليكا[4]، فكذا إذا ذكر بحرف الباء.

وفي غير ألفاظ التمليك يراد بها، الموجود في الماضي عرفا، يقول الرجل: "لي على فلان ألف، بأمر فلان، أو بحكمه"[5]، يقتضي أمرا وحكما سابقا، والتعليق بالماضي[6] تنجيز، هذا إذا ذكر بحرف الباء.

---

(١) قال الإمام السرخسي: إن كان الفعل سابقا أو موجودا في الحال يكون تنجيزا، وإن كان منتظرا يتعلق الوقوع بوجوده، كما هو حكم الشرط. «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٤.

(٢) سورة الحج، الآية: ١٠.

(٣) "يكون" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) انظر «ردّالمحتار» ٣/ ٣٧٣.

(٥) جاء في (ا) و (ب): "علي ألف درهم بأمر فلان وحكمه".

(٦) كذا في الأصل، وفي بقيّة النسخ: "بالموجود"، وكلاهما صحيح.

وإن ذكر بحرف اللام، يقع الطلاق[١] في الألفاظ كلّها، أضاف إلى الله تعالى، أو إلى العباد؛ لأن حرف اللّام للتعليل، والعلّة تكون سابقة، كأنّه قال: "أنت طالق؛ لأن الله تعالى شاء طلاقك"، فقد أوقع الطلاق، وبيّن العلّة، ولو لم يُبيّن، كان واقعا، فبعد بيان العلّة أولى[٢].

وإن ذكر بكلمة "في" لايقع الطلاق[٣] في الألفاظ كلّها للحال، ويكون تعليقا، أضاف إلى الله تعالى أو إلى العباد، إلاّ في قوله: "أنت طالق[٤] في علم الله"، فإنه يقع في الحال؛ لأن كلمة "في" إذا أضيف إلى ما لايعرف وجوده، يكون تعليقا[٥].

(١) لفظ: "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) إن ذكر باللام، يقع الطلاق، سواء أضاف الطلاق إلى الله أو إلى العبد. لأن اللام للتعليل، أي: تعليل الإيقاع، كقوله: أنت طالق لدخولك الدار، والإيقاع لايتوقف على وجود علّته، ولايقال: إن المشيئة ونحوها غير معلومة، ولاكون محبة الله تعالى للطلاق معدومة، لكونه أبغض الحلال إلى الله تعالى. انظر «ردّالمحتار» ٢/ ٥١٣.

(٣) "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) قوله: "أنت طالق" ساقط من النسخ الأخرى، وثبوته أولى.

(٥) لقد فرّق ابن عابدين بين الإضافة إلى الله والإضافة إلى العبد، حيث قال: إن الإضافة إلى الله تعالى لايقع في الوجوه كلها إلا في العلم، فإنه يقع في الحال، وإن أضاف إلى العبد كان تمليكا في الأربع الأول، تعليقا في غيرها، وعلّل عدم وقوع الطلاق حين الإضافة إلى الله، لأن "في" بمعنى الشرط، فيكون تعليقا بما لايوقف عليه، وقد قال: "إلا في علم الله"، فإنه يقع في الحال، لأنه لايصح نفيه عن الله تعالى بحال، لأنه يعلم ما كان، وما لم يكن، فكان تعليقا بأمر موجود، فيكون إيقاعا. انظر «ردّالمحتار» ٢/ ٥١٣.

ولهذا لو قال: "أنتِ طالق في دخولك الدار"، لايقع الطلاق[1] ما لم تدخل، لفقه: وهو أن "في" للظرف حقيقة، فإذا دخل على[2] الفعل، والفعل لايَصلح ظرفاً، يجعَل مجازا عن الشرط؛ لأن بين الظرف والمظروف اتصالا من حيث[3] المجاورة، وبين الشرط والجزاء اتصالا من حيث التعليق[4].

إذا ثبت هذا فنقول: مَشيئةُ الله، وإرادته، وحكمه، وإن كانت موجودة، إلاّ أنها غير ظاهرة لنا؛ لأنّا لاندري أن الله تعالى شاء أو لم يشأ، حكَم أو لم يحكم، فصار التعليق بها كالتعليق بشرط في المستقبل، وثَمّة لايقع الطلاق[5]، كذلك هنا[6].

بخلاف قوله: "أنتِ طالق في علم الله"، فإنه يقع الطلاق[7] في الحال؛ لأن علم الله تعالى مُحيط بالأشياء، علِم ما كان، وما لم يكن، لايقال: "عَلِم" و "لم يَعلَم"، فقد

---

(١) لفظ: "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) وفي (ا) و (ب): "في اعل"، وهو خطأ.

(٣) "حيث" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) قال السرخسي في بيان قوله: "أنت طالق في دخولك الدار": هذا هو ظرف الفعل على معنى أن الفعل لايصلح ظرفا للطلاق حقيقة، ولكن بين الظرف والشرط مناسبة من حيث المقارنة، أو من حيث تعلق الجزاء بالشرط بمنزلة قيام المظروف بالظرف، فتصير الكلمة بمعنى الشرط مجازا. «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٤.

(٥) "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٦) انظر «ردّالمحتار» ٣/ ٣٧١.

(٧) "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

علّق الطلاق بأمر موجود، فيكون إيقاعا.

بخلاف المشيئة وغيرها، ولهذا يَصحّ أن يقال: "شاء الله كذا"، و "لم يشأ كذا"، و "حكَم" و "لم يحكم"، [ولايصحّ أن يقال: "علِم الله كذا"، و "لم يعلم كذا"][1].

ولأن العلم يُذكر، ويراد به المعلوم، يقال في الدعاء: "اللهم اغفر لنا علِمَك فينا"، أي معلومك فينا، ولو قال: "أنتِ طالق في معلوم الله"، يقع[2].

لايلزم على هذا "القدرة"، فإنه لو قال: "أنت طالق في قدرة الله تعالى"، لايقَع، وجميع الأشياء في قدرته، كما لايوصف بضدّ العلم، لايوصف بضدّ القدرة.

قالوا: هذا غلَط، بل يقع الطلاق في الحال، كما في العلم، والصحيح أنه لايقع؛ لأن "القدرة" تذكر، ويراد بها التقدير، قال الله تعالى: «فَقَدَرْنَا فنعمَ القَادرون»[3]. وقال الله تعالى: «إلاّ امرأتَه قَدَّرنا إنها لمِنَ الغابِرين»[4]، قُرِئ بالتشديد والتخفيف[5].

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل.

(٢) يتضّح الكلام بما نقله السرخسي في أصوله عن الزيادات: وقال في الزيادات: إذا قال: أنت طالق في مشيئة الله أو في إرادته، لم تطلق، بمنزلة قوله: إن شاء الله، إلا في قوله: "في علم الله"، فإنها تطلق، لأن العلم يستعمل عادة بمعنى المعلوم، يقال: علم أبي حنيفة، ويقول الرجل: "الهم اغفر لنا علمك فينا"، أي معلومك، وعلى هذا المعنى يستحيل جعله بمعنى الشرط. «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٥.

(٣) سورة المرسلات، الآية: ٢٣.

(٤) سورة الحجر، الآية: ٦٠.

(٥) قال ابن مَهران: قرأ أبوبكر بتخفيف الدال، وفي النمل أيضا، انظر «الغاية في القراءات العشر»

فكأنّ معناه: أنتِ طالق في تقدير الله، وثَمّة لايقع[1]؛ لأنه لايوقف على تقديره، حتى لو أراد بها حقيقة القدرة، يقع في الحال[2].

وفي «النوادر»: لو قال: "أنتِ طالق في قول القضاة"، أو في قول الفقهاء، أو في قول فلان القاضي، أو فلان المفتي، أو في القضاء، أو في القُرآن، يقع الطلاق قضاء[3]، وفيما بينه وبين الله تعالى لايقع، ما لم ينوِ، لمكان الاحتمال.

ـ والله أعلم ـ

ص ١٨٦، للحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن مهران النيسابوري، المتوفي ٣٨١هـ.

(١) انظر «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٥.

(٢) المراد بحقيقة القدرة ضدّ العجز، فإن القدرة صفة منافية للعجز، فيكون تعليقا بأمر موجود حيث أن الله قادر، ولايعجزه شيء، فيقع حينئذ الطلاق، أما إن نوى بالقدرة التقدير، فلا يقع، لأنه تعالى قد يقدّر شيئا، وقد لايقدّره. انظر «ردّالمحتار» ٢/ ٥١٤.

(٣) لأن قول القضاة والفقهاء يقتضي الأمرين، فإذا خصص دِين، ولا يسمع في القضاء، لأنه غير ظاهر. انظر «ردّالمحتار»/ ٤٦٠.

باب الطلاق الذي يقع على[1] واحدة بغير عينها ثم يكون عليها بعينها والعتاق في ذلك[2]

أصل الباب: أن الطلاق والعتاق كما يَصحّ في المعلوم، يَصحّ في المجهول، ويتعلّق نزوله في المعين بشرط البيان[3]، حتى أن ما لايَقبل التعليق، لايصح في المجهول.

والطلاق والعتاق يقبلان التعليق بسائر الشروط، فيقبَلان التعليق بشرط البيان، ويكون البيان[4] إلى الموقِع؛ لأنه هو المجمِل، فإذا فات البيان بموته، وجب التنزيل على اعتبار الأحوال.

وحرف آخر: أن البيان في الطلاق المبهَم، والعتاق المبهَم، إنشاء من وجه، إظهار من وجه؛ لأن العتاق المبهم[5] في المعيّن غير واقع قبل البيان؛ لأن قوله: "إحداكما" لايتناول المعيّن، وبعد البيان يصير واقعا في المعيّن، فكان البيان إنشاء من هذا الوجه.

---

(١) زاد هنا في (ا) و (ب): "امرأة".

(٢) وفي (ا) و (ب): "في مثله".

(٣) أي: توضيح القائل ماذا يريد بقوله.

(٤) عرّفه السرخسي بقوله: البيان: هو إظهار المعنى، وإيضاحه للمخاطب، منفصلا عما تستر به. إذا قال الرجل: بين فلان كذا بيانا واضحا، فإنما يفهم منه أنه أظهره إظهارا لايبقى معه شك. انظر «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٥.

(٥) "العتاق المبهم" ساقط من بقية النسخ.

ومن حيث أن محلّ الطلاق فيهما لايَعدُوهما، فالطلاق قبل البيان[1] واقع في المحلّ،[2] ولهذا لو قال لامرأتيه قبل الدخول بهما: "إحداكما طالق ثلاثا، والأخرى واحدة"، بانتّا جميعاً، ولهذا يُجبر الموقِع[3] على البيان. والإنسان لايُجبر على إنشاء الطلاق، فكان البيان إظهارا.

فلمّا كان البيان متردّداً بين الإظهار والإنشاء، جعلناه إنشاءً فيما يرجع إلى المحل؛ لأن المحل مجهول، فلايملك البيان بعد فوَات المحل، وجعلناه إظهارا في حق الزوج؛ لأن الموقّع معلوم.

وفي الباب فصلان: فصل في العتق المبهم، وفصل في الطلاق [المبهم].[4]

---

(١) "قبل البيان" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) قال في «الفتاوى التاتارخانية»: وذكر محمد في الأصل ما يدل على أن الطلاق المبهم نا زل في المحل، فإنه ذكر أن رجلا تحته أربع نسوة لم يدخل بهن، فقال "إحدا كن طالق" ثم تزوج خامسة، جاز نكاحها؛ ولو لم يكن الطلاق المبهم نازلا في المحل كان هذا تزوجها با لخامسة، وهو حرام، واختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: في المسالة روايتان، على رواية الأصل الطلاق المبهم نازل في المحل، وعلى رواية الزيادات يقع، وبعض مشايخنا قالوا: ما ذكر في الزيادات قول أبي حنيفة وما ذكر في الأصل قولهما؛ وقال بعضهم: الطلاق المبهم نازل في المحل في حق معنى يرجع به الموقع، ويختص به، غير نازل في المحل في حق معنى يرجع إلى المحل، و يختص به، والعتاق المبهم كذلك، وهو الأصح. «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٣.

(٣) "الموقع" ساقط من بقية النسخ.

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

أما الفصل الأوّل:

قال محمد رحمه الله: رجل له ثلاثة أعبُد، دخل عليه اثنان، فقال: "أحدكما حرّ"، ثم خرج أحَدُهما، ودخل الثالث[1]، فقال: "أحدكما حرّ"، فما دام حيّاً، يؤمَر بالبيان؛ لأن الإبهام جاء من جهته.

فإن قال: عَنَيت بالكلام الأوّل: الخارج، عتق هو، ويؤمر بالبيان في الكلام الثاني؛ لأن الكلام الثاني قد صَحّ، لأنه خرج بين العبدين. وإن قال: عَنَيت بالكلام الأوّل: الثابت، عتق هو، وبطل الكلام الثاني؛ لأنه بقي دائرا بين الحرّ والعبد.

هذا إذا بدأ ببيان الكلام الأوّل، فإن بدأ ببيان الكلام الثاني فقال: عَنيت به: الداخل، عتق الداخل، ويبيّن الأوّل في أيّهما شاء.

وإن بيّن الكلام الثاني في الثابت، عتق الثابت بالكلام الثاني، والخارج بالكلام الأوّل؛ لأن الكلام الأوّل كان دائرا بينهما، فإذا عتق الثابت بالكلام الثاني عتق الخارج بالكلام الأوّل.

وفيه إشكال: وهو أنه إذا بدأ ببيان الكلام الثاني، وبيّن العتق[2] في الداخل، فقد تبيّن أن الكلام الثاني صحيح، وإنما يَصحّ الكلام[3] الثاني إذا لم يعتق الثابت بالكلام الأوّل، وإذا لم يعتق الثابت بالكلام الأوّل، يعتق الخارج ضرورة، فوجب أن يعتق الخارج

---

(١) وفي (ا) و (ب): "الآخر" بدل "الثالث".

(٢) "العتق" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) "الكلام" ساقط من النسخ الأخرى.

في هذه الصورة، ولايخير، وقد قال في الكتاب بأنه يخير[1]، والجواب نذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

فإن مات المولى قبل البيان، شاع العتق بينهم على اعتبار الأحوال، فيعتق من الخارج نصفُه، ومن الثابت ثلاثة أرباعه، ومن الداخل نصفه.

وقال محمد رحمه الله: رُبعه، أما الخارج: يعتق منه نصفه[2]؛ لأن الكلام الأوّل أوجب عتقَ رقبة وهي دائرة بين[3] الخارج والثابت، فيعتق من كلّ واحد منهما نصفه، ويعتق من الثابت ثلاثة أرباعه؛ لأن نصفه عتق بالكلام الأوّل، والكلام الثاني صحيح أيضا؛ لأن الثابت وقت التكلّم بالكلام الثاني عبد؛ لأنه معيّن، والعتق الأوّل لم يصادف المعيّن، فصحّ الكلام الثاني[4]، وموجَبه عتق رقبة بينه وبين الداخل.

فإن أراد بالكلام الثاني الداخل، عتق كلّه، وإن أراد به الثابت، عتق نصفه؛ لأنه استحقّ عتق النصف بالكلام الأوّل، فالنصف الباقي من الثابت، يعتق في حال دون حال[5]، فيتنَصّف النصف، فيعتق رُبعه بالكلام الثاني[6] ضمّ هذا إلى ما عتق بالكلام

---

(١) كذا في الأصل، وسقطت العبارة من قوله: "وإذا لم يعتق الثابت" إلى آخره من النسخ الأخرى وجاء فيها: فتعيّن الخارج ضرورةً، فوَجب أن لايخيّر عنده".

(٢) قوله: "يعتق منه نصفه" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) "وهي دائرة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) قوله: "فصح الكلام الثاني" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) كذا في النسخ الأخرى، وفي الأصل: "يعتق في حال ولا يعتق في حال".

(٦) "با لكلام الثاني" ساقط من النسخ الأخرى.

الأوّل، فيعتق منه ثلاثة أرباعه.

وأمّا الداخل: قال محمد رحمه الله: يعتق منه رُبعه؛ لأن الكلام الثاني صحيح في حال دون حال؛ لأنه إن أراد بالكلام الأوّل الثابت، لايصحّ الكلام الثاني؛ لأنه يكون جامعا بين الحرّ والعبد. ولو أراد به الخارج، يَصحّ الكلام الثاني، فكان الكلام الثاني صحيحا في حال دون حال،[1] ولو صَحّ مطلقا، كان الثابت به عتق رقبة، فإذا صَحّ في حال دون حال، يتنصفّ، فيعتق به نصف رقبة بينهما، لكل واحد منهما الربع، ولهذا كان حَظّ الثابت من الكلام الثاني.

وهما يقولان: الإيجاب الثاني صحيح على كل حال؛ لأن الثابت معيّن، والكلام الأوّل لم يصادف المعيّن، فكان الثابت [2]عبدا، فصح الكلام الثاني موجبا عتق رقبة بينهما، لكل واحد منهما النصف، وإنما يعتق من الثابت ربعه بالكام الثاني[3]؛ لأنه إن كان هو المراد، يعتق نصفه، وإن كان المراد هو الداخل، لايعتق من الثابت هذا النصف، فيتنصف هذا النصف، فلهذا عتق ربعه[4].

أو نقول: الكلام الثاني أوجَب عتق رقبة بين الداخل والثابت، فيعتق من الثابت نصفُه بالكلام الثاني،[5] شائعا نصفه في النصف الذي عتق بالكلام الأوّل فلايزداد ذلك،

---

(١) العبارة: "فكان الكلام الثاني صحيحا في حال دون حال" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "الثابت" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) "بالكلام الثاني" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) وجاءت العبارة في النسخ الأخرى: "لا يعتق من الثابت هذا، فيعتق ربعه".

(٥) "بالكلام الثاني" ساقط من (ا) و (ب).

ونصف النصف[1] وهو الربع في النصف الذي لم يعتق، فلهذا يعتق منه ثلاثة أرباعه.

هذا اذا كان القول [منه][2] في الصحة، فإن كان في المرض، فعلى قول أبي حنيفة، وأبي يوسف يعتق رقبة وثلاثة أرباع رقبة، وعلى قول محمد رقبة ونصف.

فإن كان ذلك يخرج من ثلث ماله، فهذا وما لو كان في الصحة سواء، وإن كان لايخرج من الثلث[3] وأجازت الورثة، فكذلك، وإن لم يجز الورثة[4]، قسّم الثلث بينهم على قدر سِهَامِهِم، فيحتاج إلى حساب:

له نصف وربع، وأقلّ ذلك أربعة، فاجعل كلّ رقبة أربعة، فحقّ الخارج في سهمين، وحق الثابت في ثلاثة أسهم، وحق الداخل عندهما في سهمين، فبلغ ذلك سبعة. اجعل ذلك ثلث المال

وإذا جعلنا ثلثَ المال سبعة، كان جميعه إحدى وعشرين[5]، كل رقبة سبعة: عتق من الخارج سهمان، ويسعى في خمسة، ويعتق[6] من الثابت ثلاثة، ويسعى في أربعة، ومن الداخل سهمان، ويسعى في خمسة، فيكون سهام السعاية أربعة عشر، وسهام العتق سبعة، فاستقام الثلث والثلثان.

---

(١) وفي بقية النسخ: "ونصفه".

(٢) "ما بين المعكوفتين" ساقط من الأصل.

(٣) "من الثلث" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "الورثة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٥) في الأصل: "أحد وعشرون" وهو خطاء.

(٦) "يعتق" ساقط من النسخ الأخرى.

وعلى قول محمد رحمه الله سهام الوصايا ستّة ؛ لأن عنده حقّ الداخل في الربع ، وهو سَهم ، فيكون سهام الوصايا ستة ، اجعل هذا ثلث المال[1] ، وجميع المال ثمانية عشر ، والمسألة إلى آخرها .

وإن مات واحدٌ من العبيد قبل موت المولى ، فنقول : إن مات الثابت ، عتق الخارج والداخل عندهم ؛ لأن الكلام الأوّل كان دائرا بين الخارج والثابت ، فإذا زالت مزاحمة الثابت بموته ، تعيّن الخارج بالكلام الأوّل ، وكذا الكلام الثاني كان[2] دائر بين الداخل والثابت ، فإذا زالت مزاحمت الثابت ، تعيّن الداخل للكلام الثاني[3] .

وهذا على قولهما ظاهر ؛ لأن كل واحد من الإيجابَين صحيح ، وكذلك عند محمد ؛ لأن عنده الكلام متردّد بين الصحة وعدمها ، ما دام الكلام الأوّل دائرا بين الخارج والثابت .

فأمّا إذا مات الثابت ، مات عبدا ، وتعيّن الخارج بالكلام الأوّل ؛ لكون الكلام الثاني صحيحا من كل وجه ، فكان هذا قول الكلّ .

وإن مات الخارج ، عتق الثابت بالكلام الأوّل ، وبطل الكلام الثاني ضرورةً ، وإن مات الداخل ، يقال للمولى : بيّن الكلام الأوّل ، إن أوقعه على الخارج ، عتق الثابت بالكلام الثاني ، وإن أوقعه على الثابت ، بطل الكلام الثاني ، لما قلنا .

وفي «الأمالي» إن مات الخارج ، عتق الباقيان ؛ لأن على رواية الأمالي ، الإيجاب

---

(١) سقطت العبارة من قوله : "لأن عنده" من (ا) و (ب) .

(٢) وفيالنسخ الأخرى : " وكذا الثاني دائر" .

(٣) كذا في الأصل ، وجاء في (ج) و (د) : "وقد زالت مزاحمته فتعين الداخل" .

الثاني صحيح، والعتق عند البيان يقَع مقصورا على البيان، فإذا مات الخارج، تعيّن الثابت بالكلام الأوّل، فتعيّن الداخل بالكلام الثاني ضرورةً.

وجه ظاهر الرواية ما ذكرنا أن تعيّن الثابت للكلام الأوّل، يبطل الكلام الثاني ضرورة[١].

وأما فصل الطلاق:

رجل له ثلاث نسوة، لم يدخل بواحدةٍ منهنّ، دخل عليه امرأتان، فقال: "إحداكما طالق"، فخرجت إحداهما، ودخلت الثالثة[٢]، فقال: "إحداكما طالق"، فما دام الزوج، حيّا يؤمر بالبيان[٣].

فإن قال: عنَيت بالكلام الأوّل الخارجة، وقع الطلاق عليها، ويؤمَر بالبيان في الثاني، ففي أيّتهما بيَّن طلّقت. وإن أراد بالكلام الأوّل الثابتة، طلّقت الثابتة بالكلام الأول[٤] وبطل الكلام الثاني، لما ذكرنا في الإعتاق.

ولو بدأ ببيان الكلام الثاني، إن بيّن الكلام[٥] الثاني في الداخلة، يقال له: أوقِع الطلاق الأوّل على أيتهما شئت. وإن بيّن الكلامِ الثاني في الثابتة، طلّقت الخارجة بالكلام

---

(١) هذه الفقرة كلها ساقط من (ا) و (ب).

(٢) وفي النسخ الأخرى: "ودخلت الأخرى.

(٣) انظر بعض صور الطلاق المبهم، وبيانها، وأحكامها في «فتح القدير» ٣/ ١٥٩، و «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٠.

(٤) قوله: "الثابتة با لكلام الأول" ساقط من النسخ الأخرى.

(٥) "الكلام" ساقط من بقيية النسخ.

الأوّل، بمنزلة ما لو قال لها بعد الكلام الأوّل: "طلّقتك".

وإن مات الزوج قبل البيان، يوزع حكم الطلاق على اعتبار الأحوال، والأحكام ثلاثة: حكم المهر، وحكم الميراث، وحكم العدة.

أما حكم المهر: للخارجة ثلاثة أرباع مهرها، وللثابتة خمسة أثمان مهرها، وللداخلة سبعة أثمَان مهرها؛ لأنّ بالكلام الأوّل سقط نصف صَداق بين الخارجة والثابتة، فيسقط من صَداق كل واحدة منهما[1] الرّبع، والكلام الثاني لايتناول الخارجة، فبقي للخارجة ثلاثة أرباع المهر[2].

وأما الثابتة: فقد سقط من صداقها الربع بالكلام الأوّل، والكلام الثاني متردّد، إن أراد بالكلام الأوّل الثابتة، لايصحّ الكلام الثاني، وإن أراد الخارجة، صح الكلام الثاني[3] فيتنَصّف النصف، فيسقط به الربع من ذلك[4] بين الثابتة والداخلة، فيسقط من صداق كل واحدة منهما الثُّمن، فالثابتة سقط من صداقها مَرّة الربع، ومرّة الثمن، بقي لها خمسة الأثمان. والداخلة لم يسقط من صداقها إلاّ الثمن، فبقي لها سبعة أثمان المهر.

قيل: هذا قول محمد رحمه الله، أما على قولهما: الإيجاب الثاني صحيح على كلِ حال، لما ذكرنا في العتاق، وإذا صَحّ الكلام الثاني[5]، كان للداخلة ثلاثة أرباع المهر،

---

(١) "منهما" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) سقطت العبارة من قوله: "والكلام الثاني لا يتناول" إلى آخر الفقرة من (ا) و (ب).

(٣) وفي النسخ الأخرى: "وإن أراد الخارجة، يصح".

(٤) قوله: "من ذلك" ساقط من(ج) و (د).

(٥) "وإذا صح الكلام الثاني" ساقط من (ا) و (ب).

ومنهم من قال: بأن هذا قول الكلّ.

وفرّق لأبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله بين الطلاق والعتاق، والفرق أن العبيد لهم أحوال ثلاثة: حالة الرّق، وحالة الحرّية، وحالة متردّدة[1]: وهي حالة الكتابة، وعتق البعض والسعاية في قول أبي حنيفة رحمه الله، والثابت إذا تردّد حالُه بين الرّقّ والحرّية، كان محلاّ للعتق، وأمكن تصحيح الكلام الثاني على كلّ حال.

أما النساء: ليس لهن إلاّ حالتان: حالة النكاح، وحالة الطلاق. والطلاق لايتجزّأ عند الكل[2]، إذا طلّقت نصف الثابتة بالتوزيع، طلّقت كلّها، فلايصحّ الإيجاب الثاني، فلابدّ من اعتبار الأحوال في الطلاق، هذا هو حكم المهر[3].

وأما حكم الميراث: النصف للداخلة، والنصف الآخر بين الخارجة والثابتة نصفان؛ لأن الداخلة وارثة، لايزاحمها إلاّ امرأة واحدة، فإنّ الطلاق الأوّل لو وقع على الثابتة، لايصحّ [الكلام][4] الثاني، ويكون الميراث بين الخارجة والداخلة نصفان، وإن كان

---

(١) وفي (ا) و (ب): "حالة العتق وحالة الرق وحالة مترددة".

(٢) ولهذا لو طلّق أحد امرأته نصف تطليقة أو ثلثها، كانت طالقا تطليقة واحدة، لان الطلاق لايتجزّأ، وذكر بعض ما لايتجزأ كذكر الكل، كالعفو عن القصاص، صيانة للكلام عن الإلغاء، وتغليبا للمحرم على المبيح، وإعمالا للدليل بقدر الإمكان. يرجع إلى: «الهداية» للمرغيناني، و شرحها «العناية» للبابرتي، ٣/ ٥٤.

(٣) "هذا هو حكم المهر" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من "الأصل وزيد من" النسخ الأخرى.

الطلاق الأول وقع على الخارجة صح الكلام الثاني[1].

وميراث النساء متردّد بين الثابتة والداخلة، وليست إحداهما أولى من الأخرى[2]، فيكون بينهما نصفان، فكان للداخلة نصف الميراث على كل حال، والنصف الآخر متردّد بين الخارجة والثابتة، وليست إحداهما بأولى من الأخرى، فيكون بينهما نصفان.

وعلى كل واحدة عدّة الوفاة احتياطا؛ لاحتمال وجوبها على كل واحدة منهن، وعدّة الطلاق لا يُتصور وجوبها.

وإن لم يمت الزوج، ولكن ماتت إحداهن، إن ماتت الثابتة، طلّقت الخارجة والداخلة؛ [لزوال مزاحمتهما في الإيجابين، لما ذكرنا في العتاق، وإن ماتت الخارجة طلّقت الثابتة بالكلام الأوّل، وبطل الكلام الثاني][3]؛ لأن الكلام الأوّل كان دائرا بين الخارجة والثابتة، وبموت الثابتة زالت مزاحمتها، فتعيّنت الخارجة للكلام الأوّل، وإذا تعيّنت الخارجة للكلام الأوّل، ظهر أن الكلام الثاني خرج بين المنكوحتين، فصحّ مطلقا، وأنه كان دائرا بين الداخلة والثابتة، وبموت الثابتة زالت مزاحمتها، فتعيّنت الداخلة للكلام الثاني[4].

وإن ماتت الداخلة، خيِّر الزوج في الكلام الأوّل، إن أوقعه على الخارجة، طلّقت الثابتة بالكلام الثاني لما قلنا، وإن أوقع الكلام الأوّل على الثابتة، بطل الكلام الثاني.

---

(١) وفي النسخ الأخرى: "وإن وقع الأول على الخارجة يصح الثاني".

(٢) في الأصل: "الأخر".

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل: "وزيد من النسخ الأخرى".

(٤) سقطت عبارة طويلة من نسخة (ا) و (ب) من قوله: "لأن الكلام الأول كان دائرا".

وذكر في «الأمالي» هذه المسألة، وقال: لو قال: عنَيت بالإيجابين الثابتة، يقع عليها طلاقان؛ لأن كل واحد من الإيجابين صحيح مطلقا على رواية الأمالي، وعند البيان يقع الطلاق مقصورا، لامستندا، فيقع الطلاقان جملة[1]، كما لو أوقعهما بكلامٍ مبتدأ.

رجل تحته حرّة وأمَة قد دخل بهما، فقال: "إحداكما طالق ثنتين"، فأعتقت الأمة، ثم مرض الزوج[2]، وبيّن الطلاق في الأمة، حرمت حرمةً غليظة؛ لأن ثبوت الحرمة حكم يرجع إلى الزوج، أو يشترك فيه الزوجان، وقد ذكرنا أن البيان إظهار فيما يرجع إلى الزوج[3].

وإن مات الزوج في ذلك المرض، كان للمعتقة الميراث؛ لأن حرمان الميراث حكم على المرأة خاصّة، فكان البيان فيه بمنزلة الإنشاء.

ولو أنشأ الطلاق في هذه الحالة، كان مردودا عليه، وكان لها الميراث؛ لأنها حرة، إلاّ أن للمعتقة ربع الميراث، وللحرّة الأصلية ثلاثة أرباع الميراث[4]؛ لأنه لما ردّ عليه البيان، صار كأن لم يكن.

ولو لم يبيّن حتى مات، كان للحرة الأصلية ثلاثة أرباع الميراث[5]؛ لأن الطلاقين لو

(١) "جملة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "الزوج" ساقط من(ج) و (د).

(٣) انظر «الفتاوى التاتارخانية»، فقد خرّج المسألة نقلا عن الزيادات، ٣/ ٣٣٤.

(٤) كذا في الأصل: وجاء في النسخ الأخرى: "وللحرة ثلاثة الأرباع".

(٥) وفي (ا) و (ب): "كان الميراث بينهما أرباع".

وقعا على الحرة، كان لها نصف الميراث؛ لأنها لاتحرم عن الميراث بالطلاقين[1].

ولو وقعا على الأمة، كان جميع الميراث للحرة؛ لأن الأمة تَبين بطلاقين. فيكون للحرة جميع الميراث في حالة، والنصف في حالة. فالنصف ثابت بيقين، والنصف الآخر ثابت في حال دون حال، فكان لها ثلاثة الأرباع.

وأما الأمة: فلو وقع الطلاق عليها لاشيء لها، ولو وقعا على الحرة، كان لها النصف، فلها النصف في حال، ولاشيء لها في حال، فيتنصّف، فيكون لها الربع.

وعلى رواية «الأمالي»: إذا بيّن الطلاق[2] في الأمة، يكون لها نصف الميراث، ويكون الطلاق رجعيًا.

وذكر في «التجريد»[3]: أن هذا قول محمد وأبي يوسف الأوّل؛ لأن على رواية الأمالي الطلاق غير واقع أصلا، وعند البيان يقع مقصورا، فكان الجواب ما ذكرنا.

وعلى الحرّة عدّة الوفاة، لاحيض فيها؛ لأن الطلاق إن لم يقع عليها فظاهر، وإن وقع عليها، فهي[4] لاتَبِين بطلاقين، والمطلّقة الرجعيّة إذا مات زوجها في العدة، تغيّرت عدّتها إلى عِدة الوفاة.

---

(١) المصدر السابق.

(٢) "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) كتاب «التجريد»: تصنيف الإمام أحمد بن محمد أبو الحسين القدوري، صاحب "المختصر"، صنّف «التجريد» في أربعة أسفار، يشتمل على الخلاف بين أبي حنيفة والشافعي، شرع في إملائه سنة خمس وأربعمائة. «الجواهر المضية» ١/ ٢٤٨، «الفوائد البهية» ص ٣٠.

(٤) "فهي" ساقط من النسخ الأخرى.

وأما المعتقة: فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام، تستكمل فيها ثلاث حيض؛ لأن الطلاقين إن وقعا عليها، كانت مبتوتة، وكان عليها الاعتداد بالحيض، وإن لم يقع الطلاق[1] عليها، كان عليها عدة الوفاة، فتجمع بين العدّتين.

وفيه إشكال: وهو أنه لو وجب عليها الاعتداد بالحيض، كان عليها حيضتان؛ لأنها أمَة وقت الطلاق، فلماذا يجب عليها الاعتداد بثلاث؟

قلنا: إنما وجب عليها ثلاث حيض إلحاقاً للبيان بالإنشاء.

ولو أنشأ الطلاق[2] عليها في هذه الحالة، كان عليها الاعتداد بثلاث حيض، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: أنّ امرأة الفار[3] تعتدّ بأبعد الأجلين[4]. وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: ليس عليها عدة الوفاة.

ولو كانتا أمَتين، فطلّق إحداهما ثنتين، ثم أعتقتا، ثم بيّن الزوج في المرض، فإنها

---

(١) "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "الطلاق" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) الفار" هو الذي يطلق امرأته ثلاثا في مرض موته فرارا عن وراثتها ماله. «طلبة الطلبة» للنسفي، ص ١٢٥.

(٤) أي المطلقة طلاق الفار" تعتدّ بأبعد الأجلين، فإذا ورثت التي طلقت في المرض بأن طلقها بغير رضاها بحيث صار فارّا، ومات وهي في العدّة، فعدّتها أبعد الأجلين، أي الأبعد من أربعة أشهر وعشر، وثلاث حيض، فلو تربّصت حتى مضت ثلاث حيض، ولم تستكمل أربعة أشهر وعشرا، لم تنقض عدتها حتى تستكملها، وإن مضت أربعة أشهر وعشر ولم تمض لها ثلاث حيض بأن امتدّ طهرها، لم تنقض عدتها حتى تمضي. انظر «فتح القدير» ٣/ ٢٧٧.

تحرم حرمة غليظة، والميراث بينهما نصفان؛ لما قلنا: إن البيان في حق الميراث لم يَصحّ، وقبل البيان كان الميراث بينهما نصفان[1]، وعلى المطلّقة عدة الوفاة، تستكمل فيها ثلاث حيض، وعلى الأخرى عدة الوفاة، لاحيض فيها.

ولو مات الزوج قبل البيان، فعلى كل واحدة منهما عدة الطلاق والوفاة جميعا[2]؛ لأن كل واحدة من العدّتين، تجب في حال دون حال، فيجمع بينهما.

ولو قال لعبدين له في صحته: "أحدكما حر"، وقيمة أحدهما ألف، وقيمة الآخر مائة، ثم بيّن العتق في مرضه، في كثير القيمة، يعتبر ذلك من جميع المال، جعل البيان إظهارا في فصل العتق، وجعله إنشاءً في حق الميراث[3].

وفي الحقيقة لافرق، فإنا نجعل البيان في الفصلين عدما، ولو انعدم في العتق حتى مات، يعتق من كل واحد منهما نصفه، وإن كان ذلك أكثر من ثلث المال.

وفي فصل الطلاق لو جعلنا البيانَ عدَما، كان الميراث بينهما، وهذا لفقه: وهو أن بالعتق المبهم، زال أحد العبدين عن ملكه؛ لأن زوال أحد العبدين عن ملكه حكم يرجع إليه، وقد ذكرنا أن العتق المبهم واقع في حقّ الموقع، فخرج أحدهما من أن يكون محلاً لحق الورثة، فبعد ذلك وقَع الشك في أن حقهم تعلّق بكثير القيمة، أو بقليل القيمة، وحقهم لم يكن ثابتا، فلايثبت في الزيادة بالشك[4].

---

(١) "نصفان" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "جميعا" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) وفي النسخ الأخرى: "جعل البيان إظهارا في العتق وإنشاء في الميراث".

(٤) كذا في الأصل "(ا) و (ب) وفي(ج) و (د): "فلا يثبت بالشك في الزيادة".

وأما حِرمان الميراث حكم يرجع إلى المحل، وقد ذكرنا أن الطلاق المبهم غير واقع في حق المحل، فبقيت كل واحدة منهما مستحقةً للميراث، فلاتحرم بالبيان.

رجل تحته أمَتان لرجل، فقال المولى: "إحداكما حرّة"، ثم قال الزوج: "التى أعتق المولى منكما طالق ثِنتين"، يرجع في البيان إلى المولى؛ لأن الزوج بنى إيجابَه على إيجاب المولي، ورتّبه عليه، فإنما يتبيّن محل الطلاق إذا تبيّن محل العتق، وبيان العتق إلى المولى.

فإذا بيّن المولى العتقَ في إحداهما، طلّقت ثنتين، ولاتَبين؛ لأنه أوقع الطلاق على مَن أوقع عليها العتق، والحرة لاتَبِين بتطليقتين، وعليها عِدّة الحرائر؛ لأن العدة وجبت عليها وهي حرة.

وإن مات المولى قبل البيان، يخيّر الزوج في الطلاق، يوقعه على أيّتهما شاء؛ لأنه بنى إيجابَه على إيجاب المولى، فيكون بمنزلة الخلف عنه، فإذا وقَع اليأس عن بيان المولى، وشاع العتق فيهما بموته، ولاوجه إلى إلغاء الطلاق، صيرٍ إلى الخلف.

هذا كمن توكّل عن رجلين في السَّلم، فأدّى المطلوب سلم أحدهما، كان القول قوله في البيان، فإن مات المطلوب، كان البيان إلى الوكيل؛ لأنه هو القابض، فيكون بمنزلة الخَلَف عن المطلوب.

بخلاف ما إذا غاب المولى، حيث لايؤمر الزوج بالبيان؛ لأن ثَمّة لم يقع اليأس عن بيانه.

فإذا بيّن الطلاق في إحدَاهما، بانَت؛ لأنها مُستَسعاة، فتكون أمة عند أبي حنيفة، فتَبِين بطلقتين، وتعتَدّ بحيضتين.

هذا الذي ذكرنا إذا بدأ المولى بالإيجاب، فإن كان الزوج هو الذي بدأ فقال: " إحداكما طالق ثنتين " ، ثم قال المولى: "التى طلّقها الزوج منكما حرّة " ، يرجع في البيان إلى الزوج؛ لأن المولى بنى إيجابه على إيجاب الطلاق، فإنما يتعيّن محل العتق إذا تعيّن محل الطلاق، وتعيين محل الطلاق إلى الزوج.

فإن بيّن الزوج في إحداهما حرمت حرمةً غليظة؛ لأن الطلاق صادفها وهي أمة، والعتق أضيف إلى المطلقة، وتَعتَدّ بثلاث حيض؛ لأن العدة وجبت عليها وهي حرة، فكان عليها عدة الحرائر[1].

وذكر في «الأمالي»: لو قال: "هذه حرة أو هذه" ، ثم قال الزوج: "التي يقع عليها هذا العتق فهي طالق ثنتين" ، فبيّن المولى العتق[2] في إحداهما، يقع عليها طلقتان، وتَبين؛ لأن على رواية الأمالي العتق يقع مقصورا على البيان، فكان الطلاق مقارنا للعتق، والعتق صادفها وهي أمة، فكذلك الطلاق، وعليها ثلاث حيض؛ لأن العدة وجبت وهي حرة؛ لأنها تجب بعد الطلاق، فكانت العدة بعد العتق ضرورة.

رجل قال لأمَتين له[3]: "إحداكما حرة" ، فجاء إنسان، وقطع أيديهما، كان على القاطع أرْش[4] الأمتين للمولى، وإن بيّن العتق في إحداهما بعد القطع.

---

(١) "فكان عليها عده الحرائر" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "العتق" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) وفي النسخ الأخرى: "لأمتيه" .

(٤) الأرش: هو اسم للمال الواجب على ما دون النفس، يعني دية الجَراحات، وزاد النسفي فقال: الأرش: دية الجراحة واندمل الجرح، أي صحّ. يرجع إلى: «التعريفات» ص ٣١، «طلبة

أما وجوب أرش الأمتين: فلأن الأرش بدل المحل، والعتق المبهم في المحل غير نازل لما ذكرنا. ويكون للمولى؛ لأنه بدل المملوك، وبدل المملوك للمالك.

فرّق أبو حنيفة بين هذا وبين ما إذا قال لعبده: "أنت حر قبل موت فلان بشهر"، فقطعت يده في الشهر، ثم مات فلان لتمام الشهر، كان على القاطع أرش العبد، ويكون للعبد عند أبي حنيفة[1].

والفرق: أن ثَمّة المولى قصَد إسناد العتق إلى أول الشهر، وقصده ذلك يقتضي شيئين: إبطال حق نفسه عن الأرش إلى العبد، وإيجاب أرش الحرّ على الجاني، وهو يملك إبطال حق نفسه، ولا يملك إيجاب أرش الحر على الجاني، فلهذا كان عليه أرش المملوك للعبد.

أما هنا المولى بالبيان ما أسندَ العتق إلى وقت سابق، فإن موضوع المسألة ههنا فيما إذا قال: نويت وقت الإيجاب واحدة منهما، لابعينها، إلا أني أوقع ذلك العتق على هذه، حتى لو قال: كنت عيّنت هذه وقت الإيجاب، كان الأرش لها. نصّ عليه في «كتاب العتاق».

رجل قال لأمتين تحته: "إحداكما طالق ثنتين"، ثم اشترى إحداهما بعينها، يقع الطلاق على الأخرى؛ لأن الطلاق كان دائرا بينهما، فإذا خرجت المشتراة من أن تكون محلا للطلاق، تعيّنت الأخرى للطلاق، كما لو ماتت إحداهما[2].

الطلبة» ص ٣٣٥، «الكليات» ص ٧٨.

(١) قوله: "عند أبي حنيفة" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) «الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن الزيادات، ٣/ ٤٣٦.

ولو اشتراهما معا، بطل نكاحهما، ولايملك تعيين إحداهما للطلاق؛ بعد ذلك[1] لأن ولاية البيان إنما تستفاد بولاية الإنشاء لما ذكرنا، وبعد ما بطل نكاحهما، لايملك الإنشاء فلا يملك البيان؛ لأن البيان في حق المحل إيقاع مبتدأ[2].

فإن وطئ إحداهما، تعيّنت الأخرى للطلاق؛ لأن حمل وطئه على الحلّ واجب ما أمكن، وذلك بصرف الوطء إلى غير المطلقة[3].

وهذا بيان حكميّ، فلايشترط لصحته ولاية الإنشاء، كمن طلّق امرأتيه، كل واحدة منهما واحدة، ثم قال لهما: "إحداكما طالق ثلاثا" وانقضت عدتهما، فبيّن الثلاث في إحداهما بعد ذلك[4]، لايصح. ولو تزوج واحدة منهما، صَحّ، وتعيّنت الأخرى للطلقات الثلاث، كذلك ههنا.

ـ والله أعلم ـ

(١) "للطلاق بعد ذلك" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) كذا في «التاتارخانية» ثم نقل فيه عن «الكافي»: ويبطل نكاحهما، ولايملك الزوج البيان. انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٦.

(٣) المصدر السابق.

(٤) "بعد ذلك" ساقط من (ا) و (ب).

باب الطلاق الذي يقع في الأوقات المتفرقة

بني الباب على أنّ من جمَع بين طلاقين، وذكر عَقيبَهما مالاً، يكون المال مقابلا بهما، منقسما عليهما، إذ ليس أحدهما بصرف البدل إليه أولى من الآخر، إلاّ إذا وصف الأوّل بوصف يُنافي وجوب البدل، فيكون البدل بمقابلة الثاني، ويكون وصفه بما ينافي البدل، بمنزلة التنصيص على أنّ البَدل بمقابلة الثاني لاغير.

فإن وَصَفهما بذلك، أو وصف الثاني به، كان بدلاً لهما؛ لأن الجمع بين البدل وما ينافيه ممتنع، فلابدّ من إلغاء أحدهما، وإلغاء الوصف المنافي للبدل أولى؛ لأنه ذكر البدل آخرا، والمتأخّر يكون ناسخا لما قبله[1].

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله:

رجل قال لامرأته بعد الدخول: «أنت طالق الساعة واحدة، على أنك طالق غدا أخرى بألف»، فقبلت، يقع في الحال واحدة بخمس مائة[2]؛ لأنه جمع بين تطليقة منجَزة، وتطليقة مضافَة إلى الغد، وذكر عقيبهما مالا فينقسم عليهما، كما لو قال: أنتَ

(١) قال العتابي عند تأصيله للباب: أصل الباب: إذا ذكر الطلاقين وذكر عقيبهما مالا، فالمال يكون مقابلا لهما، إلا إذا وصفت للأول بوصف ينافي وجوب المال فحينئذ يكون بمقابلة الثاني، ومن شرط وجوب المال على المرأة حصول البينونة بمقابلة المال، لأنها إنما تلزم المال لتملك نفسها بمقابلة المال. «شرح الزيادات» للعتّابي، ق ٢٤.

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٤٩.

طالق الساعة واحدة، وغدا أخرى بألف، أو قال: أنت طالق واحدة، وأنت طالق أخرى بألف.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن كلمة "على" وإن كانت للشرط[1]، لكن تعذّر حملها على الشرط هنا؛ لأن وقوع الطلاق في الغد لايصلح شرطا للطلاق المنجز، فتحمل على العطف، لما بينهما من المشابهة، فإن بين الشرط والجزاء اتصالا في الوجود، لايوجد الجزاء إلاّ بعد وجود[2] الشرط، فكذلك في العطف.

وإذا صار مجازا عن العطف كان البدل مقابلا بهما، إذ ليس أحدهما بصرف البدل إليه بأولى من الآخر، ولهذا لو كان مكان البدل استثناء ينصرف إليهما.

وإذا جاء غدٌ، يقع تطليقة أخرى بغير شيء، أما وقوع الطلاق لوجود الوقت المضاف إليه، وأما بغير شيء فلأنها صارت مبَانة بالأولى، ومن شرط وجوب البدل بالطلاق أن لاتكون مبانة قبل الطلاق؛ لأنها إذا كانت مبانة مالكة نفسَها قبل الطلاق[3]، لا تستفيد بهذا البدل شيئا، فلا يجب المال.

---

(١) "على": هو للإلزام باعتبار أصل الوضع، لأن معنى حقيقة الكلمة من عُلو الشيء على الشيء وارتفاعه فوقه، وذلك قضية الوجوب واللزوم، ثم تستعمل "على" للشرط باعتبار أن الجزاء يتعلق بالشرط، ويكون لازما عند وجوده، كما في قوله تعالى: "يُبايِعنَكَ على أن لا يُشرِكنَ بِالله شيئا" سورة الممتحنة، الآية: ١٢. راجع «أصول السرخسي» ١/ ٢٢١، و«بدائع الصنائع» ٣/ ١٥٣.

(٢) وفي (ا) و (ب): "إلا بو جودالشرط".

(٣) "قبل الطلاق" ساقط من (ا) و (ب).

ولايقال بأنها تستفيد نقصان العدد؛ لأن نقصان العدد لايصلح غرضا للمرأة، فإن بعد البينونة وقوعها في حبَالته[1] يتعلّق باختيارها، فلايصلح ذلك غرضا، حتى لو تزوّجها قبل مجيء الغد ثم جاء الغد، يقع تطليقة أخرى بخمس مائة؛[2] لأن شرط وجوب المال قد وجد، وهو ملك النفس في الغد بهذا الطلاق.

فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا خالَعها ثم خالعها، فإن الثاني يبطل، ولايقع به الطلاق؛ لأن الخلع طلاق بائن[3]، والبائن لايلحق البائن. أما في مسألتنا نص على الطلاق، فإذا لم يجب المال بالثاني، بقي صريح الطلاق، والصريح يلحق البائن،

ثم استشهد محمد رحمه الله، في الكتاب[4] فقال: ألاترى أنه لو قال لامرأته بعد الدخول، في طهرٍ لاجماع فيه: "أنت طالق ثلاثا للسنة بألف درهم"، فقبلت، تقع في الحال واحدة بثُلث الألف[5]، ثم إذا حاضت، وطهرت، تقع أخرى بغير شيء، وكذلك في الثالثة؛ لأنها بانت بالأولى، فلايجب المال في الثانية والثالثة[6]، وعدم وجوب المال

(١) كذا في الأصل، وفي النسخ الأخرى: "حَبَائله"، وما ثبت أصحّ، وحَبَائل: جمع حِبالة، بالكسر، أي حِبالة الصائد والمصيدة، حَبَل الصيدَ واحتبلَه: أخذه بها، أو نصبها له، احتَبَلتُه: إذا صِدتُه بالحِبالة. «القاموس المحيط» ص١٢٦٨، «المصباح المنير» ص١١٩، مادة: حبل.

(٢) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٤٩.

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٣/ ١٤٤، و١٥١

(٤) "في الكتاب" ساقط من النسخ الأخرى.

(٥) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٤٩.

(٦) قال في التاتارخانية: ولايلزمها المال بالطلاق الثاني والثالث إلا بواسطة سبق التزوج. انظر

لايمنع وقوع الطلاق؛ لأن الطلاق بمال، تعليق الطلاق بالقبول، وقد وجد.

كمن قال لامرأته الصغيرة: "أنت طالق بألف"، فقبلت، يقع الطلاق، ولايجب المال، [1] كذلك هنا.

فإن تزوجها عقيب الأولى والثانية، تقع الثانية والثالثة بثلثي الألف، كذلك هنا.

ولو قال لامرأته، وقد دخل بها: "أنت طالق الساعة واحدة، أملك الرجعة أو بغير شيئ، على أنك طالق غدا أخرى بألف درهم"، فقبلت، يقع في الحال واحدة بغير شيئ، [2] ثم إذا جاء غد، تقع أخرى بألف درهم[3]؛ لأنه وصف الأولى بوصف ينافي وجوب المال[4]، فيكون المال بمقابلة الثاني.

أما قوله: "بغير شيئ" فظاهر، وكذا قوله: "أملك الرجعة" لأن الطلاق بمال لا يكون رجعيا[5].

وكذا لو قال: "أنت طالق اليوم تطليقة بائنة، على أنك طالق غدا أخرى بألف"،

«الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٥٠.

(١) قال الكاساني في تعليله: لاخلاف في أنه لايجب المال عليها، لأن الخلع في جانبها معاوضة المال بما ليس بمال، والصغيرة تتضرر بها، وتصرف الأضرار لايدخل تحت ولاية الولي، كالهبة والصدقة. انظر «بدائع الصنائع» ٣/ ١٤٧.

(٢) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٥٠.

(٣) "بألف درهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) وقد سبق في فاتحة الباب ما قرّره قاضي خان من الأصل: أن الجمع بين البدل وما ينافيه ممتنع.

(٥) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٥٠.

وقعت للحال تطليقة بغير شيئ؛ لأن التصريح بالبينونة دليل على أن شيئا من البدل لايكون بمقابلة الثاني[1]؛ لأن الطلاق بمال يكون بائنا لامحالة، فلايحتاج إلى هذا التصريح[2].

وكلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن، ولو جعلنا المال بدلاعنهما، لَغَا ذكر البينونة، ولايفيد، فيجعل المال بمقابلة الثاني، فيقع في الحال واحدة بغير شيئ. فإذا جاء غد، تقع أخرى بغير شيئ؛ لأنه فات شرط وجوب المال، وهو ملكها نفسها بالطلاق الثاني[3].

فإن قيل: لما تعذّر إيجاب البدل بمقابلة الثانية، عرف أنه أراد به صَرف البدل إلى الأولى.

قيل له: إيجاب البدل بمقابلة الثانية ممكن، إذا وجد شرطه، وهو التزوّج قبل مجيئ الغد، حتى لو تزوجها قبل مجيئ الغد، ثم جاء غد، تقع أخرى بألف درهم.

استشهد محمد رحمه الله في الكتاب[4] فقال: ألاترى أن رجلا لو قال لغيره: "أعطيك هذا العبد هبةً، أو صدقة، أو بغير شيئ، على أن أبيعك هذا العبد بألف"، كان كل الألف بمقابلة العبد [الثاني][5]، ويكون الكلّ فاسدا لإدخال الصّفقة في الصفقة.

ولو قال: "أبيعك هذا العبد على أن أبيعك هذه الأمة بألف"، أو قال: "أعطيك

---

(١) وفي (ا) و(ب): "الأولى مكان الثاني".

(٢) وفي (ا) و(ب): "الوصف مكان التصريح".

(٣) وفي النسخ الأخرى: "بمقابلة الثاني".

(٤) "في الكتاب" ساقط من النسخ الأخرى.

(٥) "ما بين المعكوفتين" ساقط من الأصل.

هذا العبد على أن أعطيك هذه الأمة بألف " ، أو قال : " أبيعك هذا العبد على أن أزيدك هذه الجارية بألف " ، صَحّ، وكان العبد والأمة بألف، والمعنى ما ذكرنا .

هكذا ذكر هنا، وذكر في "المزارعة" : لو قال : "أعطيك هذه النخيل معاملةً بالنصف، على أن أعطيك هذه الأرض البيضاء مزارعةً، تزرعها ببَذرك بالنصف " ، كان فاسدا .

من المشايخ من قال : في المسألتين[1] روايتان : فما ذكر هنا، يصير رواية بالجواز في مسألة[2] المزارعة، وما ذكر في المزارعة، يصير رواية بالفساد ههنا .

ومنهم من قال : إنما اختلف الجواب لاختلاف الوَضْع، وضْع المسألة هنا فيما إذا جمَع بينهما في البدل، فقال : أبيعك هذا العبد على أن أبيعك هذه الجارية بألف، فلم تَتِمّ الصفقة الأولى لعدم [ذكر][3] البدل، فلم يكن هذا إدخال الصفقة التامّة في الصفقة التامة، فإذا جمع بينهما في البدل، كان المراد من كلمة "على" حرف العطف، فيصير كأنه قال : أبيعك هذا العبد، وهذه الجارية بألف .

وموضوع المزارعة فيما إذا تمّ العقد الأوّل، فقال : " أعطيك هذه النخيل معاملة بالنصف" ، وهذه صفقة تامة، ثم قال : " على أن أعطيك هذه الأرض البيضاء مزارعة تزرعها ببذرك بالنصف " ، وهذه صفقة تامّة أخرى، فكان هذا إدخال الصفقة في الصفقة، وإنه حرام .

---

(١) وفي (ا) و (ب) : "في المسألة" .

(٢) "مسألة" ساقط من النسخ الأخرى .

(٣) "ما بين المعكوفتين" زيادة من النسخ الأخرى .

نظير تلك المسألة لو قال: أبيعك هذا العبد بألف درهم، على أن أبيعك هذه الجارية بألف درهم، وإنه فاسد لما ذكرنا.

ولو قال: أعطيك هذه الأرض البيضاء مزارعةً، تزرعها ببذرى بالنصف، على أن أعطيك هذه النخيل معاملة بالنصف، كان جائزا؛ لأن البذر إذا كان من صاحب الأرض يكون مستأجرا للعامل، والمعامَلة استئجار العامل أيضا، فكان العقدان عقداً واحدا معنىً، فلم يكن هذا إدخال الصفقة في الصفقة من حيث المعنى، لإيجاد المعقود عليه.

أما في الفصل الأوّل البذر من قبَل العامل، فكان العامل مستأجرا للأرض، وفي المعاملة صاحب الشجر [1]يكون مستأجرا للعامل، فتحقّق إدخال الصفقة في الصفقة لاختلاف المعقود عليه.

ولو قال: أنت طالق الساعة واحدة أملك الرجعةَ، على أنك طالق غدا أخرى أملك الرجعةَ بألف، ينصرف الألف إليهما[2]؛ لأنه عمّهما بوصف ينافي وجوب المال، فلغا ذكر الوصف.

وكذا لو خَصّ الثانية بهذا الوصف، فقال: أنت طالق الساعة واحدة، على أنك طالق غدا أخرى، أملك الرجعة بألف، ينصرف الألف إليهما، ويلغو ذكر الرجعة؛ لأن ما يلحق الثاني لايكون رجعيا، فيلغو ذكر الرجعة[3].

---

(١) وفي (ا) و(ب): "صاحب الأرض بدل صاحب الشجر".

(٢) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٥٠.

(٣) المصدر السابق.

وكذا لو جمَع بين الطلاقين بحرف العطف، فقال: أنت طالق واحدة الساعة[1]، وغدا أخرى بألف، أو قال: أنت طالق اليوم واحدة، وأنت طالق غدا أخرى بألف[2]. فالجواب فيه ما ذكرنا في الفصل الأوّل أنه إن عمّهما بوصف ينافي وجوب المال، ينصرف المال إليهما، وكذا إذا خَصّ الثانية بذلك الوصف.

وإن خصّ الأوّلى بذلك الوصف، ينصرف المال إلى الثاني، وهذا والفصل الأوّل سَواء؛ لأن في الفصل الأوّل كلمة "على" أقيمت مقام حرف العطف.

ـ والله أعلم ـ

(١) "ما بين المعكوفتين" صاحب الأرض.

(٢) المصدر السابق.

باب الرجل يطلّق بعض نسائه ولايَنويها بعينها فتحرم عليه بعد ذلك[1] برضاع أو غيره

بني الباب على ما تقدّم أن إيقاع الطلاق كما يَصحّ في المعَيّن، يَصحّ في المنكر، والبيان فيه إنشاء في حق المحل، فيُشترط لصحته قيام المحل[2].

[قال محمد رحمه الله][3]: رجل تحته امرأتان رضيعَتان، فقال: "إحداكما طالق ثلاثا"، فجاءت امرأة، وأرضَعَتهما قبل البيان معاً[4]، أو على التعاقب، بانَتا[5]؛ لأنهما صارتا أختين، وهما تحت زوج، فيفسُد نكاحهما، لما ذكرنا أن الطلاق المبهَم فيما يرجع إلى المحل غير واقع؛ لأن كلّ واحدة منهما معيّنة، و "احداكما" لايتناول المعيّن.

فإن بيّن الطلاق بعد ذلك[6] [في إحداهما][7]، لايصحّ بيانه؛ لما ذكرنا أن البيان

---

(١) "بعد ذلك" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) أصّل العتّابي لهذا الباب بقوله: أصل الباب: أن الزوج إنما يملك البيان للطلاق المبهم إذا ملك للإنشاء، لما ذكرنا أن البيان إنشاء من وجه، إلا إذا كان بيانا ضرورة، فلا يشترط فيه ولاية الإنشاء. «شرح الزيادات» للعتّابي، ق ٢٤.

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبت من النسخ الأخرى.

(٤) قوله: "قبل البيان معاً" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٣.

(٦) "بعد ذلك" ساقط من النسخ الأخرى.

لايصح بعد فوات المحل. لم يجعل الطلاق المبهم واقعا في حق المحل هنا.

وذكر في «كتاب النكاح»: رجل له أربع نسوة لم يدخل بواحدة منهن، فقال: "إحداكن طالق"، فتزوّج خامسةً من ساعته، جاز، وجعل الطلاق المبهم[1] واقعا[2].

والفرق ما ذكرنا أن الطلاق المبهم واقع في حق الزوج، غير واقع فيما يرجع إلى المحل، ففي مسألتنا فساد نكاحهما بسبب الجمع بين الأختين، وعدم فساد نكاحهما بسبب وقوع الطلاق، كيلايصير جامعا بين الأختين، حكم يرجع إليهما، فلايظهر وقوع[3] الطلاق في حق هذا الحكم.

أما في مسألة النكاح حلّ نكاح الخامسة، أمر يرجع إلى الزوج وإلى الخامسة، لاإلى الأربع، فاعتبرنا الطلاق تأوّلاً في حق هذا الحكم.

فإن كان تحته ثلاث رضيعات، فقال: إحداكن طالق، ثم جاءت امرأة[4] وأرضعتهن على التعاقب أو ثنتين ثم الثالثة، بنَّ جميعا، الأوليان بالأختية، والثالثة بالطلاق[5]؛ لأنها لما أرضعت الأولى ثم الثانية، ثبتت الأختية بينهما، ففسد نكاحهما، لا

---

(٧) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(١) "المبهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) ذكره في التاتارخانية نقلا عن «كتاب الأصل»، فلو لم يكن الطلاق المبهم واقعا في المحل، كان هذا تزوجا بالخامسة، وهو حرام. «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٣.

(٣) "وقوع" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) قوله: "جاءت امرأة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٥) «الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن «الكافي»، ٣/ ٤٣٣.

إلى عدّة، فتعيّنت الثالثة للطلاق، لأن الأولى والثانية خرجتا من أي يكون محلا للطلاق، فصار كما لو ماتتا[1]، فتعيّنت الثالثة للطلاق[2]، وكذا لو أرضعت ثنتين ثم الثالثة لما ذكرنا.

وإن أرضعت الواحدة أوّلاً، ثم أرضعت الأخريين معا، أو أرضعت الكلّ معا، بأن أرضعتهنّ من وعاء فيه لبنها[3]، حرُمْنَ جميعا؛ لأن الأختية بين الكل ثبَتت دفعةً واحدة، فصار جامعا بينهن، ففسَد نكاحهن، ولايملك تعيين الطلاق[4] لما ذكرنا[5].

وقال قاسم بن مَعْن[6] رحمه الله: يملك، وهو باطل.

---

(١) كذا في الأصل، وجاءت العبارة في النسخ الأخرى كالتالي: "فتعينت الثالثة للطلاق بخروج الأولين عن محلية الطلاق، كما لو ماتتا".

(٢) قوله: "فتعيّنت الثالثة للطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) "فيه لبنها" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) كذا في الأصل، وفي النسخ الأخرى: "ولايملك البيان".

(٥) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٣.

(٦) هو القاسم بن مَعْن بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود، أبو عبد الله الهُذلي، الكوفي، ولي القضاء بالكوفة، من أجلّة أصحاب أبي حنيفة، وأحدُ من قال له أبو حنيفة: أنتم مَسارّ قلبي وجلاء حزني، روى عنه محمد بن الحسن، وقال الصيمري: هو مع تقدّمه في الفقه وتبحّره فيه إمام في العربية مقدّم، وقال ابن أبي حاتم: ثقة، صَدوق، وكان أروى الناس للحديث والشعر، وأعلمهم بالعربية والفقه، حكى عنه الفرّاء، وروى له أصحاب السنن، مات سنة ١٧٥هـ.

ترجمته في: طبقات ابن سعد ٦/ ٢٦٧، طبقات النحويين واللغويين للزبيدي ص ١٣٣، تذكرة

فإن تزوج واحدةً منهن، جاز نكاحها، ويصرف الطلاق إلى غيرها،[1] حملاً لتصرّف المسلم على الصحة بقدر الإمكان.

فإن طلّق هذه ثلاثا، وأراد أن يتزوج الأخرى، له ذلك، لما قلنا في الأولى.

فإن طلّق هذه، وأراد أن يتزوج الثالثة، ليس له ذلك؛ لأن الحكم بجواز نكاح الأولى والثانية، حكم بوقوع الطلاق على الثالثة، فلايحلّ له نكاحها قبل إصابة الزوج الثاني، وهذا بيان حكميّ، فلايشترط لصحته ولاية الإنشاء.

فإن قال لامرأتين له قبل الدخول: "إحداكما طالق ثلاثا، والأخرى واحدة"، ثم تزوّج واحدة منهما، جاز نكاحها، وتعيّنت الأخرى للطلقات الثلاث.

فإن تزوّج من الرضيعات ثنتين معاً في عُقدة واحدة، لم يَصحّ نكاح واحدة منهما؛ لأنه لا وجه إلى تصحيحِ نكاحهما، ولا وجه[2] لصحة نكاح إحداهما عَينا؛ لعدم الأولَويّة، ولا وجه لصحة نكاح إحداهما غير عين؛ لأن نكاح المجهولة لاينعقد.

بمنزلة من قال لغيره: "زوّجني امرأة" فزوّجه امرأتين في عُقدة، لايلزمه واحدة منهما، إلاّ أن يشاء الآمر؛ لأن المأمور يكون بمنزلة الفضوليّ.

وعن أبي يوسف [أنه][3] يلزمه واحدة منهما، وإليه التعيين، وكذلك في مسألة

الحفاظ ١/ ٢٣٩، العبر ١/ ٢٦٨، طبقات الحفاظ للسيوطي ص١٠١، كتائب أعلام الأخيار برقم ٩٥، الطبقات السنية برقم ١٧٢٥، الفوائد البهية ص ١٥٤، الجواهر المضية برقم ١١١٨.

(١) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٣.

(٢) "وجه" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

الكتاب، يَصحّ نكاح واحدة منهما، وإليه البيان[1]. قال: لأن هذا خيار تعيين المنكوحة عن غير المنكوحة، فجاز أن يثبت، كما لو طلّق إحدى امرأتيه ثلاثا، كان له أن يعيّن المنكوحة من غيرها[2].

وإنا نقول: ثَمّة الطلاق لم يقع في المعيّن، بل هو في حق المعين معلّق بالبيان، والطلاق يحتمل التعليق، أما النكاح لايحتمل التعليق، فلو صحّ في المجهولة، كان تعليقا للنكاح في المعينة بشرط البيان، وإنه لايصح.

حربيّ له أربع نسوة، فسُبِي وسُبِين معه، بطل نكاح الكل في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف[3].

وقال محمد والشافعي: يختار أيّ الثنتين شاء، سواء تزوجهنّ معا أو في عقود متفرقة[4]. وأصله ما ذكرنا في كتاب النكاح.

حربيّ تحته ثمان نسوة، فأسلم وأسلمن معه، على قول محمد[5] والشافعي[6]

---

(١) قولهك "يَصحّ نكاح واحدة منهما، وإليه البيان" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "من غيرها" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) بسَط الإمام محمد رحمه الله هذه المسائل في «السير الكبير» والسرخسي في شرحه، توجيها واستدلالا، فليراجع. «شرح السير الكبير» للسرخسي، ٥/ ١٨٢٩، وانظر «المبسوط» ٥/ ٥٣.

(٤) راجع «المهذّب» للشيرازي ٢/ ٥٤.

(٥) راجع: «المبسوط» ٥/ ٥٣، «بدائع الصنائع» ٢/ ٣١٤، «رؤوس المسائل» (المسائل الخلافية بين الحنفية والشافعية) للزمخشري، ص ٣٨٥.

(٦) انظر: «الأم» للإمام الشافعي، ٥/ ٤٩، و «المهذّب» للشيرازي ٢/ ٥٢، و «مغني المحتاج»

رحمهما الله يختار أيّ أربع منهن [شاء][1]، سواء تزوجهن في عقدة واحدة أو في عقود متفرقة[2].

إلاّ أن أبا حنيفة وأبا يوسف رحمهما الله فرّقا بين السبى وبين[3] الإسلام، فقالا في فصل الإسلام: إن تزوجهن في عقدة واحدة، بطل نكاح الكل، وإن تزوجهن في عقود متفرقة، جاز نكاح الأربع الأوّل، وبطل نكاح الباقي[4].

للخطيب الشربيني، على «منهاج الطالبين» للنووي، ٣/ ١٩٦.

هو رأي الحنابلة والمالكية، انظر «المغني» ٦/ ١٢٨، ٦٢٠، «الكافي لابن عبدالبر» ٢/ ٥٥٠.

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

(٢) يلاحظ أن "الذمّي" يختلف من "الحربي" في هذه المسائل، لأن الذمي ملتزم بأحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات، وحرمة الجمع من حكم الإسلام، فلم يقع أصل النكاح صحيحا إذا كان المباشر ملتزما لحكم الإسلام، أما أهل الحرب فهم غير ملتزمين حكمَ الإسلام، فيرى الإمام محمد رحمه الله في هذه المسألة أن أصل النكاح منهن صحيح، باعتبار قصور الخطاب بتحريم الجمع عنهم، فإذا اعترضت الحرمة في البعض بعد صحة النكاح وجب التخيير لا التفريق، بمنزلة المسلم يُطلق إحدى نسائه الأربع ثلاثا بغير عينها. انظر «شرح السير الكبير» ٥/ ١٨٢٠.

(٣) "بين" ساقط من (ا) و (ب)، وثبوته أولى.

(٤) يرى الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله أن وجوب الاعتراض بعد الإسلام بسبب الجمع، فالجمع حصل لهن جميعا، والاستدامة على ما يستدام كالإنشاء، فيجعل في الحكم كأن العقد إنما وجد منه بعد الإسلام، فإن كان تزوجهن في عقد واحد بطل نكاحهن جميعا، وإن كان تزوجهن في عقود متفرقة، جاز نكاح الأربع الأول، وبطل نكاح الباقي، وكذلك الحكم في الزيادة على الأربع. «شرح السير الكبير» للسرخسي، ٥/ ١٨٢١.

وفي مسألة السبي، قالا[1]: يبطل نكاح الكل، سواء تزوّجهن في عقدة واحدة، أو في عقود[2] متفرقة.

والفرق أن في مسألة[3] الإسلام، إذا تزوجهن في عقود متفرقة، فنكاح الأربع الأوّل، وقَع جائزا بحكم الإسلام والكفر.

ونكاح ما زاد على الأربع وقع فاسدا بحكم الإسلام، فإذا وجب الاعتراض بسبب الإسلام، كان إفساد ما وقع فاسدا بحكم الإسلام أولى.

وأما في مسألة السبي[4]: نكاح الأربع كان جائزا بحكم الإسلام والكفر؛ لأنه حرّ، والحر يملك نكاح الأربع في الأديان أجمَع.

فإذا سبى، وصار رقيقا، وجب إفساد نكاح المرأتين؛ لأن العبد لايملك أكثر من ذلك، وليس نكاح[5] البعض بالإفساد أولى من البعض، ففسد الكل.

ولو سبى مع امرأتين، وأخْرِجوا إلى دار الإسلام، لم يفسد نكاح المأسورتين؛ لأن نكاح اللّتين بقيَتا في دار الحرب، فسَد بتباين الدارين[6]؛ لأن الملك إنما يتمّ بالقسمة، فإنّ قبل القسمة للإمام أن يمُنّ عليهم، وبالإحراز بدار الإسلام حصل تباين الدارين، فحين

(١) "قالا" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) كذا في (ا)، وكان في الأصل: "عقد متفرقة"، وما ثبت هو الصواب.

(٣) "مسألة" ساقط من (ا).

(٤) أي مسألة الحربي إذا سُبي وسُبين معه نسوته الأربعة.

(٥) لفظ: "النكاح" ساقط من النسخ الأخرى.

(٦) «شرح السير الكبير» ٥/ ١٨٣٥.

ملَكَ، لم يكن في نكاحه إلاّ امرأتان.

ولو كان[1] طلق في دار الحرب ثنتين بغير أعيانهما، ثم سبى، وسبى الأربع معه، بنّ جميعا؛ لأن عدم فساد نكاح البعض بسبب وقوع الطلاق المبهم، حكم يرجع إليهن على وجه التعيين، وقد ذكرنا أنّ الطلاق المبهم غير نازل فيما يرجع إلى المحل على وجه التعيين، وصار هذه المسألة، ومسالة الرضيعتين سواء[2].

ولو أن حربيا تزوج امرأة، وابنتها في دار الحرب، ولم يدخل بواحدة منهما[3]، ثم أسلموا، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: إن تزوجهما في عقدة واحدة، بطل نكاحهما؛ لأن الجمع قام بهما، وإن كان تزوجهما على التعاقب، جاز نكاح الأولى، أمّا كانت أو بنتا[4]، وبطل نكاح الثانية؛ لأن الجمع قام بالثانية.

وعلى قول محمد: بطل نكاح الأمّ دون البنت، كيف ما تزوج؛ لأن الجمع في دار الحرب ما كان علّة الفساد، فإذا وجب القول بالإفساد، كان إفساد نكاح الأم أولى؛ لأن مجرّد نكاح الأم، لايوجب حرمةَ نكاح البنت، ومجرد نكاح البنت يُحرم نكاح الأمّ، وتمام المسألة في «السير»[5].

ـ والله أعلم ـ

---

(١) "كان" ساقط من (ج)، (د).

(٢) «شرح السير الكبير» ٥/ ١٨٣٠.

(٣) فإن كان دخل بهما فنكاحهما باطل على كل حال بالاتفاق، لأن الدخول بكل واحدة منهما يحرّم الأخرى، بسبب المصاهرة على التأبيد. راجع «شرح السير الكبير» ٥/ ١٨٢٧.

(٤) "أما كانت أوبنتا" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) انظر «شرح السير الكبير» ٥/ ١٨٢٧، ١٨٢٨، وفصّل السرخسي فيه رأي محمد بقوله: و على

باب الخلع بالمال، والعتق، والبيع، والنكاح والإجارة يجب بمحضر من صاحبه، ويبطل إذا كانا متفرقين

بني الباب على أصلين:

أحدهما: أنّ الخُلع[1] بمنزلة اليمين في جانب الزوج؛[2] لأن المطلوب في الخلع، من جانبه الطلاق[3]، والطلاق ليس بمال، ويصحّ تعليقه بالشرط، وينفرد به الزوج، فإذا علّق بقبول المرأة، كان لازما في حقه بمنزلة اليمين، حتى لايبطل بقيامه عن المجلس،

قول محمد رحمه الله، نكاح الابنة صحيح في الوجهين، ونكاح الأم فاسد، لأن الحرمة بسبب الجمع لاتثبت في حقهم عنده قبل الإسلام، كما في حق الأختين، فكان نكاح البنت صحيحا تقدم أو تأخر، وبمجرد العقد الصحيح على الابنة تحرم الأم، وبمجرد العقد على الأم لا تحرم الابنة، فلهذا صح نكاح البنت في الوجهين، وبطل نكاح الأم، لأن حرمة المصاهرة نظير حرمة الرضاع والنسب وذلك يثبت في دار الحرب عند تقرر سببه كما يثبت في دار الإسلام فهذا مثله.

(١) الخُلع لغة: النزع والإزالة، يقال: خالعت المرأةُ زوجه: إذا افتدت منه، وطلقها على الفدية، وهو استعارة من خلع اللباس، لأن كل واحد منهما لباس للآخر، فإذا فعلا ذلك فكأن كل واحد نزع لباسه عنه، وفي العرف: إزالة الزوجية، أما في اصطلاح الفقهاء: فهو إزالة ملك النكاح، المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه. انظر «المصباح المنير» ١٧٨ «رد المحتار» ٢/ ٥٥٧، و«فتح القدير» ٣/ ١٩٩.

(٢) وقد علل الحصكفي فقال: لأنه تعليق الطلاق بقبول المال. انظر «ردالمحتار» ٢/ ٥٥٨.

(٣) في (ا) و (ب): "لأن المطلوب منه الطلاق".

ولايملك الرجوع عنه[1].

ومن جانب المرأة معاوَضة[2]؛ لأن المطلوب في الخلع من جانبها[3] المال، والمال لايقبل التعليق بالشرط، ولاتنفرد به المرأة، فيبطل بقيامها عن المجلس، ويصحّ رجوعها قبل قبول الزوج.

والعتق على مال من جانب المولي، بمنزلة الخلع من جانب الزوج، وبمنزلة الخلع من جانبها في حق العبد[4].

وأصل آخر: أن الواحد يَصلح عاقدا من الطرفين [في الخلع][5]، إذا كان البدل مقَدّرًا، سواء كان العاقد أحد الزوجين أو الأجنبي.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل قال لامرأته: "خلَعتُك بألف درهم"،

---

(١) "عنه" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) و ذكر ابن الهمام أن القول بأن الخلع يمين من جانب الزوج، ومعاوضة من جانب المرأة قول الإمام أبي حنيفة، أما عند صاحبيه فهو يمين من الجانبين. انظر «فتح القدير» ٣/ ١٩٩، و «فتاوى قاضي خان» ١/ ٥٢٨.

(٣) "في الخلع من جانبها" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) إن العتق بمال معاوضة من جانب العبد، كالخلع في جانب المرأة، فتعتبر من جانبه أحكام المعاوضات، بخلاف جانب المولى، فإنه بمنزلة الزوج، فتنعكس فيه تلك الأحكام. انظر «ردّالمحتار» ٢/ ٥٥٩.

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من "الأصل وزيادة من النسخ الأخرى.

أو "بعتك طلاقَك بألف درهم"[1]، أو "طلّقتك على ألف درهم"، فقام الزوج عن مجلسه والمرأة جالسة، أو قال الزوج[2]: رجعتُ عن ذلك، فقبِلت المرأة، صَحّ قبولها، لما قلنا: إن الخلع يمين من جانبه، فلايصح رجوعه، ولا يبطل بقيامه عن المجلس.

وكذلك لو قال الزوج[3] ذلك والمرأة غائبة، فبلَغها بعد أيام، فقبلت في مجلس عِلمها، صَحّ قبولها، كما لو علّق طلاقَها بشرط آخر عند غيبتها.

وكذا لو قال: إذا جاء غد فقد طلّقتها بألف درهم، فقبلَتْ غدا[4]، يَصحّ قبولها، لما ذكرنا[5] أن كلام الزوج[6] يمين، فصحّ مضافا ومرسلا[7]، ولا يصح قبولها قبل الغد؛ لأن

---

(١) لا يشترط لصحة الخلع أن يكون بلفظ "الخلع"، فيجوز به وبأي لفظ يؤدي معناه، فذكر في «الفتاوى الهندية» أنه قد يصح الخلع بلفظ البيع والشراء، ونقل ابن عابدين عن الجوهرة أن ألفاظ الخلع خمسة: خالعتك، باينتك، بارأتك، فارقتك، طلقي نفسك على ألف، ثم قال: ويزاد عليه ما ذكره المصنف (الحصكفي) من لفظ البيع والشراء. انظر «الفتاوى الهندية» ١/ ٤٨٨، «ردّالمحتار» ٢/ ٥٥٩.

(٢) "الزوج" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) "الزوج" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) "غدا" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) "لماذكرنا" ساقط من (ا) و (ب).

(٦) "الزوج" ساقط من (ا) و (ب).

(٧) قال في التاتارخانية: يصحّ التعليق بالشروط، والإضافة إلى الأوقات، نحو أن يقول: "إذا جاء غد فقد خالعتك على ألف درهم"، أو: "إذا قدم فلان فقد خالعتك"، كان القبول إليها بعد مجيئ الوقت، وقدوم فلان. «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٥٥، وانظر «فتاوى قاضي خان» ١/ ٥٢٨.

الإيجاب معلّق بالشرط، والمعلق بالشرط عدمٌ قبل الشرط[1]، فلايصح القبول قبل الإيجاب.

وكذا لو قال: "إذا جاء غد فطلّقي نفسك بألف درهم"، ثم أراد أن يرجع عنه فلايصح رجوعه[2]؛ لأن هذا تفويض، وتمليك من المرأة، وليس بتوكيل؛ لأن الوكيل من يعمل لغيره، وهي عاملة لنفسها، والتمليك لايقبل الرجوع[3]، ويتوقف بمجلس علمِها في الغد، كالتمليك المرسل.

هذا إذا بدأ الزوج، فإن بدأت المرأة فقالت: طلّقت نفسي بألف درهم، أو اشتريت طلاقي منك بألف درهم، أو خلعت نفسي بألف درهم[4]، ثم قامت أو رجعت[5]، فقبِل الزوج، لايصح قبوله، ولايقع شيء، لما ذكرنا أنّ هذا التصرف معاوضة من جانبها، فيبطل بقيامها قبل القبول، ويصح رجوعها كالبيع.

---

(١) كذا في الأصل: وفي بقية النسخ: "فكان عدما قبله".

(٢) "رجوعه" ساقط من النسخ.

(٣) ذكره العتّابي في ضابط عند تأصيله للباب فقال: إن ما كان تفويضا وتمليكا، لايقبل الرجوع، ويقتصر على المجلس، وما ليس كذلك، يصح الرجوع، ولايقتصر على المجلس. «شرح الزيادات» للعتّابي ورق ٢٥.

(٤) "درهم" ساقط من (ج) و (د).

(٥) قال قاضي خان في فتاواه، في باب الخلع: "ويراعى أحكام المعاوضات في جانب المرأة والعبد"، فإذا أخذت المرأة في عمل آخر يدلّ على الإعراض، بطل الإيجاب. «فتاوى قاضي خان» ١/ ٥٢٨، «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٥٥.

هذا إذا قالت عند حَضرة الزوج. فإن قالت ذلك وهو غائب، [فبلَغه][1]، فقبل، لم يَصحّ قبوله؛ لأن كلامها معاوضة، فيقتضي جوابا في المجلس، ولم يوجد[2].

إلاّ إذا أرسَلت بذلك رسولا إلى زوجه. فقالت: "خلعت نفسي من زوجي بألف درهم، فاذهَب يا فلان! وأخبِره بذلك"، فإذا أتاه الرسول، وقال الزوج: "قبلتُ"، صَحّ؛ لأن لسان الرسول كَلِسان المرسِل.

ألاترى أن النبي عليه السلام كان مأمورا بالتبليغ، وقد بلّغ البعضَ باللسان، والبعضَ بالرسل.

فإن رجعت قبل أن يخبر الرسول، والزوج والرسول لايعلمان برجوعها، ثم بلّغ الرسول، فقبل الزوج، لم يَصحّ الخلع، ولايقع الطلاق؛ لأن صحة القبول تَعتمد قيام الإيجاب، وإيجاب المرأة[3] قد بطل بالرجوع، وصحة الرجوع عن الإيجاب لاتتوقّف على علم الزوج والرسول[4].

بخلاف عزل الوكيل؛ لأن الرسالة حق المرسِل، لاحق للرسول في ذلك، أما التّوكيل إثبات الإطلاق للوكيل، والعزل إبطال ما ثبت له، فيتوقّف على العلم.

وكذا الرسالة في سائر العقود من البيع والإجارة والنكاح وغيرها، إلاّ أنّ في

---

(١) ما بين "زيادة من" النسخ الأخرى.

(٢) قال الإمام السرخسي: وكذلك إن كان الزوج غائبا حين قالت هذه المقالة، لاتوقف على قبوله إذا بلغه، كما لايتوقف إيجاب البيع على قبول المشتري إذا كان غائبا. «المبسوط» ٦/ ١٧٣.

(٣) "المرأة" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) انظر «فتاوى قاضي خان» ١/ ٥٢٨.

النكاح، يشترط الشهود وقت تبليغ الرسالة[1] لاوقت الإرسال؛ لأن المرسِل يعتبر[2] متكلما بلسان الرسول وقت التبليغ.

وكذا لو كان رسولا من قبل الزوج، إلاّ أنّ فيما يحلف به، لايصح رجوعه قبل تبليغ الرسالة، وفيما سوى ذلك يَصحّ.

وذكر في «السِّيَر الكبير»[3]: رجل قال لغيره: "قد بعتُ عبدي هذا من فلان الغائب بألف درهم، فاذهَبْ يا فلان! فأخبره بذلك"، فلم يذهب الرسول، وذهب غيرُه، وأخبَرَه، فقبل الغائب[4] البيعَ جاز؛ لأن المحمول على لسان الرسول قائم إلى وقت التبليغ، ضرورة الحاجة إلى التبليغ، فاتّصَل القبول بالإيجاب.

وذكر فيه أيضا: أمير العسكر إذا باع الغنائمَ في دار الحرب، ثم أمَر مناديا ينادي: مَن اشترى شيئا فقد أقَلتُه، ففعل، وقَبلوا إقالتَه[5] صحت الإقالة[6]؛ لأن المنادي رسوَل للأمير، فيصح، كما لو جرَت الإقالة بينهم وبين الأمير.

---

(١) "الرسالة" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) وفي (ا) و (ب): "يكون بدل يعتبر".

(٣) لم أجد بعد البحث هذه المسألة في «شرح السير الكبير» للسرخسي.

(٤) "الغائب" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) "الإقالة": في للغة: رفع وإسقاط، وأقلته البيعَ إقالةً، فسخَه، وفي الشرعْ: عبارة عن رفع العقد وإزالته. «أنيس الفقهاء» ص ٢١٢.

(٦) "صحت الإقالة" ساقط من النسخ.

ولو قالت المرأة[1] لزوجها: "إذا جاء غد، فطلّقني بألف درهم"[2]، كان له أن يطلّقها بألف، إذا جاء غد في ذلك المجلس وغيره؛ لأن كلام المرأة توكيل معلّق بالشرط، فلايكون وكيلا قبل الشرط، وبعد ما صار وكيلا لايتوقّت؛ لأن الوكالة لاتقتصر على المجلس، بخلاف التفويض على ما عُرِف.

فإن رجعت قبل الغد أو بعده، وعلم الزوج بذلك، صَحّ رجوعها، حتى لو طلّقها يقع بغير مال؛ لأنه رجوع عن الوكالة، بخلاف رجوع الزوج؛ لأنه رجوع عن اليمين أو عن التفويض[3].

والعتق على مال بمنزلة الخلع في جميع ما ذكرنا، يعتبر يمينا في جانب المولى، معاوضة في جانب العبد، والكتابة معاوضة من الطرفين، بمنزلة البيع والنكاح وغيره[4].

رجل قال لعبده: "أنت حر بعد موتي على ألف درهم"، فالقبول بعد الموت؛ لأنه أضاف الإيجاب إلى ما بعد الموت، فيعتبر القبول بعد نزول الإيجاب. وإذا قَبِل، قالوا: لايعتق إلاّ بإعتاق الورثة.

---

(١) "المرأة" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "درهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) وفي (ج) و (د): "عن اليمين والتفويض".

(٤) قد أجاد العتابي في تنقيح هذا فقال: كل حكم ذكرناه في الخلع، ففي الإعتاق على مال كذلك، والمولى هنا كالزوج ثَمّة، والعبد كالمرأة، فيراعى في جانب المولى أحكام التعليق، وفي جانب العبد أحكام المعاوضة، وكل حكم ذكرناه في جانب المرأة في الخلع، ففي البيع والنكاح والكتابة من الجانبين كذلك، لأن هذه العقود معاوضة من الجانبين. «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ٢٥.

ولو قال: "أنت حر على ألف بعد موتي"، يعتبر القبول في الحال؛ لأنه لو اقتصر على قوله: "أنت حر على ألف"، يكون إيجابا [في الحال][1]، ويعتبر القبول في الحال، فإذا قال: "بعد موتي"، تأخّر العتق إلى ما بعد الموت، فبقي القبول كما كان، وإذا قبِل يصير مدبّرا، ولايلزمه المال؛ لأن المولى لايستوجب على عبده دَيْنا.

وعن أبي يوسف: أن في الفصل الأوّل يعتبر القبول أيضا في الحال؛ لأنه وصية، وفي الإيصاء[2] لو قَبِل قبل الموت يَصحّ، فكذلك في الوصية.

وجه الفرق في ظاهر الرواية ما قلنا: إن القبول إنما يَصحّ بعد نزول الإيجاب، وفي الإيصاء إنما يَصحّ القبول قبل الموت لحاجة الميت، حتى لو رَدّ يمكنه الإيصاء إلى غيره.

ولو قال لامرأته: أنتِ طالق غدا إن شئت، كانت المشيئة إليها في الغد، ولو قال لها: إن شئت فأنتِ طالق غدا، كانت المشيئة إليها في الحال، لما قلنا في فصل العتق، وهذا قول محمد، وهو قول أبي حنيفة في الظاهر[3].

---

(١) "ما بين" ساقط من النسخ.

(٢) "الإيصاء": لغة: طلب شيئ من غيره ليفعله في غَيبته حال حياته وبعد وفاته، يستعمل تارة باللام، يقال: "أوصى فلان لفلان بكذا"، بمعنى ملكه له بعد موته، ويستعمل أخرى بإلى، يقال: "فلان أوصى إلى فلان" بمعنى جعله وصيّا يتصرف في ماله، وفي الصحاح: أوصيتُ له بشيء، وأوصيت إليه: إذا جعلته وصيّك، والإسم: الوِصاية والوَصاية. وشرعا: قال صاحب «الاختيار»: هو طلب فعل يفعله الموصى إليه بعد غيبة الموصي، أو بعد موته، فيما يرجع إلى مصالحه، كقضاء ديونه والقيام بحوائجه ومصالح ورثته من بعده وتنفيذ وصاياه وغير ذلك.
انظر: «المصباح المنير» ص٦٦٢، «الاختيار لتعليل المختار» ٥/ ٦٢، «أنيس الفقهاء» ص ٢٩٧.

(٣) لأن قوله: "إن شئت" شرط، و قوله: "فأنت طالق غدا" جزاء، فقد علق بالشرط طلاقا مضافا

وعند أبي يوسف في الظاهر تعتبر المشيئة في الغد في الفصلين[1].

وفي «الأمالي» الخلاف على عكس هذا:

عند أبي يوسف: إن قدّم المشيئة تعتبر في الحال، وإن أخّر[2] تعتبر المشيئة في الغد.

وعند أبي حنيفة: تعتبر المشيئة في الغد في الفصلين، وكذا في فصل التدبير يعتبر القبول بعد الموت.

وقال زفر رحمه الله: تعتبر[3] المشيئة إليه في الحال في الفصلين، قال: لا فرق في الأيمان بين تقديم الشرط وتأخيره. ولو قدّم المشيئة تعتبر في الحال، فكذا إذا أخّر[4].

وجه ر... ي يوسف في «الأمالي»: أنه فوّض إليها المشيئة في الطلاق في

إلى الغد، ولو علق بالمشيئة طلاقا منجزا يعتبر وجود المشيئة في الحال، حتى إذا قامت بطلت مشيئتها، فكذلك إذا علق بها طلاقا مضافا، وفي الفصل الأول بدأ بإضافة الطلاق إلى الغد، ثم جعل ذلك الطلاق معلقا بمشيئتها، فيراعي وجود المشيئة في ذلك الوقت. راجع: «المبسوط» ٦/ ٢٠٥، و «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٣٦٤.

(١) «المبسوط» ٦/ ٢٠٥.

(٢) زاد في (ا) و (ب): "أخر المشيئة".

(٣) "تعتبر" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) وجه قول زفر أن قوله: "إن شئت" شرط، والشرط وإن تأخر ذكره كان متقدما معنى، لأنه مالم يوجد الشرط لا ينزل الجزاء، فكأنه بدأ بذكر المشيئة. «المبسوط» ٦/ ٢٠٦، «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٣٦٥.

الفصلين[1]، وقد توقّف الطلاق على مجيئ الغد في الفصلين، فكذا المشيئة.

وذكر في «الأمالي» أيضا: لو قال لامرأته: "أنت طالق على ألف إن تزوجتك"، عند أبي حنيفة يُعتبر القبول بعد التزوّج، وعند أبي يوسف يشترط القبول للحال، حتى لو قبلت ثم تزوجها، يقع الطلاق، ويلزمها المال.

وكذا لو قال لامرأته: "أنت طالق إن شئت إذا شئت"، أو قال: "أنت طالق إذا شئت إن شئت"، هما سواء، ولها الخيار إذا شاءت[2].

وعند أبي يوسف لو قال: "إن شئت فأنت طالق إذا شئت"، تعتبر المشيئة في الحال، فإن شاءت كان لها أن تطلّق نفسها بعد ذلك إذا شاءت، وإن قامت عن مجلسها قبل أن تقول شيئا، بطَل، ولو قال: "إذا شئت فأنت طالق إن شئت"، لاتعتبر المشيئة في الحال.

وروى هشام[3] عن محمد: لو قال لامرأته: "أنت طالق غدا على ألف إن شئت"، فقالت: "شئتُ"، لايقع حتى يقول الزوج: "قبلت"؛ لأن الزوج أضاف الإيجابَ إلى الغد، فقبول المرأة في الحال ابتداء كلام، فيتوقف على قبول الزوج[4].

ـ والله أعلم ـ

---

(١) وفي (ا) و (ب): "في الوجهين".

(٢) انظر «المبسوط» ٦/ ٢٠٦.

(٣) هو هِشام بن عُبيد الله الرازي، تقدم ترجمته في ص ٢٧٦.

(٤) ذكر في التاتارخانية رواية هشام عن محمد. انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٣٦٥.

باب المهور التي تجب للنساء والميراث

بنى الباب على ما عُرِف أن إيقاع الطلاق يَصحّ في المجهول، كما يَصحّ في المعلوم، ويرجع في البيان إلى المُجمِل[1]، فإذا فات البيان بمَوته، يجب التنزيل على اعتبار الأحوال على ما يذكر.

وفي الباب فصول ثلاثة: إمّا أن تزوّج ثلاثا أو أربعا، وكل فصلٍ على وجوه: إما أن طلّق واحدةً، أو واحدة وثلاثا، أو ثنتين مع ذلك، أو واحدة أو ثلاثا، وقد دخل بواحدة أو ثنتين

والفصل الثالث: مسألة الخارجة والداخلة، وهي معروفة.

أما الفصل الأوّل:

قال محمد رحمه الله: رجل له ثلاث نسوة، دخل بواحدة، ولم يدخل بغيرها حتى قال: إحداكنّ طالق واحدة، ثم مات قبل البيان، ففي المسألة حكمان: حكم المهر، وحكم الميراث[2].

أما حكم المهر: قال: للمدخول بها[3] مهر كامل، ولغير المدخولتين مهر وثُلُثا مهر،

(١) وفي (ا) و (ب): "الزوج" مكان "المجمل".

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٨.

(٣) وفي (ج) و (د): "للمدخولة".

لكلّ واحدة خمسة أسداس مهر، وهذا قول محمد رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لغير المدخولتين[1] مهر وثلاثة أرباع مهر، لكلّ واحدة سبعة أثمان مهر[2].

أما للمدخولة: مهر كامل[3]؛ لأنه لو وقع الطلاق عليها، لايسقط شيء من مهرها، ولغير المدخولتين مهر وثلاثة أرباع مهر في قول أبي يوسف؛ لأن الطلاق لو وقع على إحداهما، فلَهما مهر ونصف، وإن لم يقع عليهما، فَلَهما مهران.

فأقلّ ما يجب[4] لهما مهر ونصف، وأكثر ما يجب لهما مهران، فإن وقع الطلاق على المدخولة[5]، فمهر ونصف ثابت بيقين، ووقع الشكّ في نصف مهر، فيتنصّف ويسقط الرّبع[6]، يوزّع ذلك عليهما، يَسقط من صَداق كلِ واحدة منهما الثمن، ويَبقى سبعة أثمان المهر.

ومحمد رحمه الله ذكر لنفسه طريقا في هذه المسائل، فقال: الدخول بمن دخل لايُغيّر حال غير المدخولتين، فيجعل في حقهما كأنّه لم يدخل بواحدة منهن، حتى لو طلّق

(١) "لغير المدخولتين" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٨.

(٣) "كامل" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) "يجب" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) قوله: "فإن وقع الطلاق على المدخولة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٦) جاءت العبارة في (ا) و (ب): "ويسقط الربع بينهما من مهر كل واحدة الثمن".

واحدةً منهنّ، يسقط به نصف صَداق موزعا على الثلاث، فيسقط من مهر كل واحدة السدس، وإن اعتبرنا الأحوال.

والصحيح ما قاله محمد رحمه الله؛ لأن الطلاق إن وقَع على الكبرى من غير المدخولتين، فلهما مهر ونصف، وإن وقع على الصغرى فكذلك، فنصف المهر يسقط في حالين، ولايسقط في حال، فيَسقط ثُلثا نصف المهر، وهو ثلث المهر، فيبقى لهما مهر، وثلثا مهر.

وأما حكم الميراث: للمدخولة خمسة أسهم من اثني عشر سهما من ميراث النساء، ولغير المدخولتين سبعة أسهم[1].

لأن المدخولة وارثة بيقين، فإن وقع الطلاق عليها فلها ثلث المال، وإن لم يقع فلها نصف الميراث، لأنه لايُزاحمها إلاّ امرأة واحدة، والنصف لغير المدخولتين لاستواء حالهما[2]، فيحتاج إلى حساب:

له ثلث ونصف، ولنصفه نصف، وأقلّه اثني عشر، فالمدخولة لها الثلث في حال أربعة، وفي حال النصف ستة، فتَيَقّنّا بأربعة، وشككنا في الزيادة، فتَتَنَصّفُ الزيادة[3]، فيعطى لها خمسة من اثني عشر، ولغير المدخولتين النصف في حال، وفي حال الثلثان فستّة ثابتة بيقين، ووقع الشك في سهمين، فيتنصّف، فكان لهما سبعة من اثني عشر.

---

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٨.

(٢) وفي (ا) و (ب): "لاستوا تهما".

(٣) "الزيادة" ساقط من النسخ الأخرى.

اعتَبر محمد رحمه الله في الميراث حالَ غير المدخولتين جملةً، ولم يعتبر حال كل واحدة من غير المدخولتين[1] على سبيل الانفراد، وفي حكم[2] المهر اعتبرَ حالَهما على سبيل الانفراد.

قال أبو يوسف: قول محمد في الميراث يؤكّد قولي في الصَداق، ومحمد يقول في الميراث: لو اعتبرت حال كل واحدة على سبيل الانفراد، يزَداد حقّ المدخولة، ولايجوز أن يزداد حقها، لما ذكرنا من اعتبار الأحوال في حقها، ولأن الخصومة في المهر ترجع إلى الورثة، وحال كل واحدة في حق الورثة بين أمرين: إما إن كانت مطلقة، أو غير مطلقة، فيعتبر حال كل واحدة منهما على سبيل الانفراد.

أما الخصومة في الميراث: ترجع إلى النسوة، وهما في ذلك على السّواء، فلايعتبر كل واحدة على سبيل الانفراد[3].

ولو قال: إحداكنّ طالق واحدةً، والأخرى ثلاثاً في صحته، والمسألة بحالها[4]

أما حكم الميراث: روى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أنه ألغى الثلاث، لأن الثلاث على أيّتهن وقع، حرّمَها الميراث، وحالهنّ في ذلك على السواء، فلايعتبر الثلاث، وتصير هذه المسألة والمسألة الأولى سواء.

---

(١) "من غير المدخولتين" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "حكم" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) سقطت عبارة طويلة من قوله: "ولأن الخصومة في المهر" إلى آخر الفقرة من (ا) و (ب).

(٤) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٨.

قال محمد رحمه الله: ليس تفسير إلغاء الثلاث عند أبي حنيفة. ما قاله أبو يوسف، وكيف لايعتبر الثلاث ابتداءً، وقد تيَقّنا أن إحدى غير المدخولتين مطلّقة، محرومة عن الميراث، إمّا بالواحدة أو بالثلاث، فنعزلها، ونُسمّيها محرومة.

فنقول: إن كانت محرومة بوقوع الواحدة، بقي الثلاث بين مدخولة وغير مدخولة، على أيّتهما وقع حرمها الميراث، فلايعتبر الثلاث، وبقي الميراث بين المدخولة وصاحبة المحرومة، فيكون نصف الميراث للمدخولة، والنصف لصاحبة المحرومة[1]، ثم ما أصاب غيرَ المدخولة يكون بينها وبين المحرومة، إذ ليست إحداهما بالعزل والحرمان أولى من الأخرى.

هذا إذا كانت المحرومة محرومةً بوقوع الواحدة، فإن كانت محرومةً بوقوع الثلاث، بقيت الواحدة بين المدخولة وصاحبة المحرومة، إن وقعت على المدخولة، لايحرمها الميراث[2]، فيكون نصف الميراث للمدخولة، والنصف لصاحبة المحرومة، وإن وقعت على صاحبة المحرومة، حرّمها الميراث، وكان جميع الميراث للمدخولة.

فالمدخولة لها نصف الميراث في حالة، والكلّ في حالة، فيكون لها ثلاثة أرباع الميراث[3]، والربع لغير المدخولتين، لأن لهما النصف في حال، ولاشيء في حال، فكان

(١) من قوله: "فيكون نصف" إلى "لصاحبة المحرومة" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "الميراث" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) وفي النسخ الأخرى: "ثلاثة الأرباع".

لهما ربع الميراث[1] .

قال محمد رحمه الله : ولست أقول بهذا ، ولكن أقول : للمدخولة خمسة أثمان الميراث ، ولغير المدخولتين ثلاثة أثمان ، واعتبر الثلاث ابتداءً وانتهاءً ، فأقول : إحدى غير المدخولتين محرومة عن الميراث ، إما بالواحدة أو بالثلاث ، فنعزلها ، ونقول : إن كانت محرومة بوقوع الواحدة ، بقي الثلاث بين المدخولة وغير المدخولة ، وحالهما في ذلك سواء ، فيكون النصف للمدخولة ، والنصف لغير المدخولتين .

وإن كانت المعزولة[2] محرومة بالثلاث ، بقيت الواحدة ، إن وقعت على المدخولة ، كان لها نصف الميراث ، لأن غير المدخولة يزاحمها ، وإن وقعت على غير المدخولة الأخرى[3] ، تصير محرومة ، وكان جميع الميراث للمدخولة ، فلها جميع الميراث في حال ، وإن وقعت الواحدة عليها كان لها نصف الميراث[4] ، ويتنصف الباقي ، فيكون لها ثلاثة الأرباع .

ثم لها ثلاثة أرباع الميراث ، إن كانت المحرومة محرومة بوقوع الثلاث ، وإن كانت محرومةً بوقوع الواحدة ، كان للمدخولة النصف على ما قلنا ، فتيقّنا بالنصف ، وشككنا في الربع ، فيتنصّف ، فكان لها خمسة أثمان الميراث ، ولغير المدخولتين ثلاثة أثمان ، لأن

---

(١) وفي النسخ الأخرى : "فيكون لهما الربع" .

(٢) "المعزولة" ساقط من (ا) و (ب) .

(٣) "الأخرى" ساقط من (ا) و (ب) .

(٤) وفي النسخ الأخرى : "فلها النصف" .

المحرومة إن كانت محرومة بوقوع الثلاث[١]، كان لهما ربع الميراث، وإن كانت محرومة بوقوع الواحدة[٢]، كان لهما نصف الميراث، فتيقنّا بالربع، وشككنا في الربع الآخر، فكان لهما ثلاثة الأثمان.

وأما حكم المهر: للمدخولة مهر كامل، ولغير المدخولتين مهر وربع مهر بينهما[٣]، لأنا تيقنّا بوقوع أحد الطلاقين على إحدى غير المدخولتين، فنعزلها بنصف مهر، بقي طلاق آخر بين مدخولة وغير مدخولة.

فنقول: لو كانتا غير مدخولتين، يسقط من صَداق كل واحدة منهما الربع، فالدّخول بمن دخل يمنع السقوط، بقي الساقط من مهر غير المدخولة الربع، فيكون لها ثلاثة أرباع المهر، وللمعزولة النصف، فيكون مهر وربع مهر بينهما.

وذكر في «كتاب النكاح» عن محمد: أن لهما مهرا وثلث مهر، لأنه لو لم يدخل بواحدة منهن، يسقط بالطلاقين مهر كامل بينهن، فالدخول بالمدخولة منع السقوط، وسقط من مهر غير المدخولتين ثلثا مهر، فكان لهما مهر وثلث مهر.

والصحيح ما ذكر هنا، لأنا تيَقنّا بوقوع أحد الطلاقين على إحدى غير المدخولتين، وسقوط نصف مهر، فلامعنى للتردّد، إنما نجعل كذلك إذا لم نَستَيقن بوقوع الطلاق

---

(١) وفي النسخ الأخرى: "بالثلاث".

(٢) وفي النسخ الأخرى: "بالواحدة".

(٣) ذكره في التاتارخانية، وقال: "وهذه رواية الزيادات، وهو المروي عن أبي يوسف، وهو الصحيح". انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٨.

وسقوط شيئ من المهر، أما عند التيقّن بالسقوط فلا.

وعلى قول أبي يوسف لهما مهر وربع، لأنه يَعتبر الأكثر والأقلّ، وأقلّ ما يجب[1] لهما مهر واحد، إن[2] وقع الطلاقان عليهما، وأكثر ما يجب[3] لهما مهر ونصف، إن وقع أحد الطلاقين على المدخولة، فتَيقنّا بمهر واحد، وشككنا في نصف مهر، فتتنصّف الزيادة.

ثم إن محمدا رحمه الله ذكر الصّحة في هذه المسألة، ولم يذكر فيما تقدم؛ لأن الثلاث في المرض لايحرم المدخولة الميراث، فإن كان لاتعرف المدخولة بعينها، كان مهران وربع مهر بينهن بالسويّة، وعلى رواية «كتاب النكاح» مهران وثلث مهر بينهن.

ولو كان الزوج قال في حال حياته قولَه: "قد أوقَعتُ الثلاث[4] على إحدى غير المدخولتين"، كان للمدخولة ثلاثة أرباع الميراث، والربع لغير المدخولتين، لأن المدخولة وارثة على كل حال، ولها النصف في حالٍ، والكل في حالٍ، فكان لها ثلاثة الأرباع.

ولو كان دخل بثِنتين والمسألة بحالها، فلغير المدخولة ثُمن الميراث، وللمدخولتين سبعة الأثمان[5]، لأن إحدى المدخولتين وارثة قطعا. إما بوقوع الواحدة أو بعدم الوقوع،

(١) "يجب" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "لو وقع".

(٣) "يجب" ساقط من النسخ الأخرى: (ا) و (ب).

(٤) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): "الواحدة" مكان "الثلاث".

(٥) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٨.

فنعزلها.

ونقول: إن كانت وارثة بعدم الوقوع، فغير المدخولة لاتسلم عن الطلاق، ويكون جميع الميراث للمدخولتين، وإن كانت المعزولة وارثة بوقوع الواحدة، بقي الثلاث بين المدخولة وغير المدخولة، إن وقع على غير المدخولة، كان جميع الميراث للمدخولتين، وإن وقع الثلاث على المدخولة، كان نصف الميراث لغير المدخولة، فغير المدخولة لها النصف في حال، ولاشيئ في حال، فيتنصّف، فكان لها الربع.

ثم إن لها الربع في هذه الحالة، وهو ما إذا كانت المعزولة وارثة بوقوع الواحدة، وفيما إذا كانت وارثة بعدم الوقوع، لاشيئ لها، فلها الربع في حال، ولاشيئ في حال، فيتنصّف الربع[1]، فكان لها الثمن، ولهما سبعة أثمان الميراث[2]، لأن لهما ثلاثة الأرباع في حال، والكل في حال، فثلاثة الأرباع ثابت بيقين، وقد[3] وقع الشك في الربع الباقي[4] فيتنصف فكان لهما سبعة أثمان الميراث[5].

وذكر ابن سماعة[6] رحمه الله [عن محمد][7] أنّ لغير المدخولة الربع، لأن أحد

(١) "فيتنصف الربع" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "أثمان الميراث" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) "قد" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) "الباقي" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) "أثمان الميراث" ساقط من (ا) و (ب).

(٦) هو محمد بن سَماعة التميمي، وتقدّم ترجمته في ص ٥٨.

الطلاقين واقع على إحدى المدخولتين، فنعزلها، فنقول: إن كانت معزولة بوقوع الواحدة بقي الثلاث بين المدخولة الأخرى وغير المدخولة، إن وقع على المدخولة، كان لغير المدخولة نصف الميراث، والنصف للمدخولة، وإن وقع الثلاث على غير المدخولة، لاشيئ لغير المدخولة، فلغير المدخولة النصف في حال، ولاشيئ في حال، فكان لها الربع.

وإن كانت المعزولة مطلقة بوقوع[1] الثلاث، بقيت الواحدة بين المدخولة الأخرى وغير المدخولة، إن وقع على غير المدخولة، لاشيئ لها، وإن وقعت على المدخولة، كان لغير المدخولة النصف، فلها النصف في حال، ولاشيئ في حال، فكان لها الربع على كل حال.

وفي ظاهر الرواية: لها الثمن، ووجهه ما ذكرنا، وللمدخولتين مهران، ولغير المدخولة ثلاثة أرباع المهر، لأن إحدى المدخولتين مطلّقة، بقي طلاق آخر بين مدخولة وغير مدخولة، ولو لم يكن دخل بواحدة منهما[2]، كان الساقط به نصف صداق بينهما، فربع المدخولة لم يسقط، وسقط من صداق غير المدخولة الربع، فبقي لها ثلاثة الأرباع.

وعلى قول[3] أبي يوسف كذلك، لأن أقلّ ما يجب لها نصف مهر، وأكثر ما يجب

(٧) ما بين المعكوفتين "اضافة من".

(١) "وقوع" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) كذا في الأصل، وفي النسخ الأخرى: "ولو لم يدخل بواحدة منهن".

(٣) في النسخ الأخرى: "وعند أبي يوسف".

لها مهر كامل[١]، فالنصف ثابت بيقين، ووقع الشك في النصف الباقي، فيتنصّف، فكان لها ثلاثة الأرباع.

مِن المشايخ من طعن في هذا الجواب، وقال: ينبغي أن يكون لها ثلثا المهر، أما على قول أبي يوسف: فلأن الطلاقين لو وقعا على المدخولتين، كان لغير المدخولة كل المهر[٢]، وإن وقع الثلاث على غير المدخولة أو الواحدة، لها نصف المهر، فلها نصف المهر في حالين، ومهر كامل[٣] في حالة واحدة، فنصف المهر يسقط في حالتين، ولايسقط في حالة واحدة، فيكون لها قد سقط[٤] ثلثا النصف، وهو ثلث الكل، ويبقى ثلثا مهر.

وكذلك على قول محمد رحمه الله، لأنه لو لم يكن دخل[٥] بواحدة منهنّ، يسقط بالطلاقين مهر بينهن، فالدخول بمن دخل منع السقوطَ، بقي الساقطُ من صداق غير المدخولة الثلث، والصحيح ما قال في الكتاب.

أما على قول محمد: فلأنه، إنما يصار إلى التردّد، ولايعتبر الدخول، إذا لم نتيَقّن بعدم السقوط بأحد الطلاقين، وهنا تيقنّا بوقوع أحد الطلاقين على المدخولة، بقي طلاق آخر بين مدخولة وغير مدخولة، فنقضي بالتردّد في حق هذا الطلاق.

---

(١) في (ا) و (ب): "مهر فقط".

(٢) في (ا) و (ب): "مهر كامل".

(٣) في (ا) و (ب): "مهر فقط".

(٤) في النسخ الأخرى: "فيسقط".

(٥) في النسخ الأخرى: "لو لم يدخل".

وكذا على قول أبي يوسف أحد الطلاقين واقع على إحدى المدخولتين، فيجعل ذلك الطلاق مع تلك المطلّقة ملحقا بالعدم، بقي طلاق آخر بين مدخولة وغير مدخولة، فيعتبر فيه الأقل والأكثر.

ولم يذكر محمد في هذه المسألة رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله في إلغاء الثلاث، ولا قولَ نفسه كما في الفصل الأوّل.

رجل تزوّج بأربع نسوة، ودخل بواحدة منهن، ثم قال في صحته: "إحداكن طالق واحدة، والأخرى ثلاثا" ومات قبل البيان[1].

أما حكم الميراث: فعلى رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة يلغى الثلاث، بقيت الواحدة، إن وقعت على المدخولة، لها ربع الميراث، وإن وقعت على إحدى البواقي، فللمدخولة الثلث، فلها الثلث في حال أربعة من اثني عشر، والربع في حال ثلاثة من اثني عشر، فالثلاثة ثابتة بيقين، وقع الشك في السهم الآخر[2]، فيتنصّف، فيكون لها سبعة من أربعة وعشرين.

وأما على قول محمد: الثلث معتبر ابتداءً وانتهاءً، فنقول: إحدى غير المدخولات وارثة بيقين، فإن إحداهن غير مطلقة، فنعزلها للإصابة، وإحداهن مطلّقة محرومة عن الميراث[3] بيقين، فنعزلها للحرمان.

---

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٨.

(٢) في النسخ الأخرى: "سهم واحد"

(٣) "عن الميراث" ساقط من النسخ الأخرى.

فنقول: المحرومة إن كانت محرومة بوقوع الواحدة، بقي الثلاث دائرا بين مدخولة وغير مدخولة، على أيتهما وقعت حرمها عن الميراث، فيكون نصف الميراث بين المرأتين، والنصف للمعزولة للإصابة، فكان للمدخولة في هذه الحالة رُبع الميراث، وثلاثة الأرباع لغير المدخولات.

وإن كانت المعزولة للخرمان محرومة بوقوع الثلاث، بقيت الواحدة بين المدخولة وغير المدخولة، إن وقعت على غير المدخولة، كان نصف الميراث للمعزولة للإصابة، والنصف للمدخولة، وإن وقعت الواحدة[1] على المدخولة، كان للمدخولة ثلث الميراث، لعدم الوقوع على الثنتين من غير المدخولات.

فالمدخولة لها الثلث في حال، والنصف في حال، فيكون لها خمسة من اثني عشر، وفي الحالة الأولى، وهي حال وقوع الواحدة على المحرومة، كان للمدخولة ربع الميراث، ثلاثة من اثني عشر، فثلاثة ثابتة بيقين، ووقع الشك في سهمين، فيتنصّف، فيكون لها أربعة من اثني عشر، ولغير المدخولات ثلاثة أرباع الميراث[2]، تسعة من اثني عشر إن كانت المحرومة محرومة بوقوع الواحدة.

وإن كانت محرومة بوقوع الثلاث، فإن وقعت الواحدة على المدخولة، كان لغير المدخولات ثلثا الميراث، ثمانية من اثني عشر، وإن وقعت الواحدة على غير المدخولة، كان

(١) في النسخ الأخرى: "وقع فقط".

(٢) في النسخ الأخرى: "الأرباع".

لغير المدخولات ستة من اثني عشر، فيتنصّف السهمان، فكان لهن سبعة من اثناعشر[1]، وفي الحالة الأولى تسعة، فتتنصّف الزيادة، فيكون لهن ثمانية من اثني عشر.

وأما حكم المهر: فللمدخولة مهر كامل، وللبواقي مهران وسدس، لكلٍ واحدة ثلثا مهر وثلث سدس مهر[2]، لأن إحداهن مطلّقة بيقين، فنعزلها بنصف مهر، بقي طلاق آخر بين مدخولة وغير مدخولتين.

ولو لم يكن دخل بواحدة منهن، يسقط به نصف صداق[3] بينهن، أصاب كل واحدة من ذلك السدس، فمهر المدخولة بقي على حاله، وسقط من مهر غير المدخولتين الثلث، بقي لهما مهر وثلثا مهر، ونصف مهر للمعزولة، فيكون صَداقان وسُدُس صداق بينهن.

وعلى جواب كتاب النكاح: لهن مهران وربع، لأن إحداهن مطلّقة بيقين، فنعزلها بنصف صداق، وإحداهن غير مطلّقة، فنعزلها بصداق كامل.

بقي طلاق بين مدخولة وغير مدخولة، لو لم يكن دخل بواحدة، يسقط نصف صداق بينهما، فمهر المدخولة إن تأكّد بقي الساقط من صداق غير المدخولة الربع، وبقي لها ثلاثة الأرباع، وللمعزولتين صداق ونصف، فيصير صَداقان وربع بينهن.

وكذلك على قول أبي يوسف، لأن أقل ما لهنّ صداقان، بأن وقع الطلاقان عليهن،

(١) "من اثنا عشر" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٨.

(٣) وفي النسخ الأخرى: "مهر".

وأكثر ما لهنّ مهران ونصف، بأن وقع أحد الطلاقين عليهن، فمهران ثابتان بيقين، ووقع الشك في نصف مهر، فيتنصّف، فيكون لهن مهران وربع.

ولو كان دخل بثنتين منهن والمسألة بحالها، فللمدخولتين أربعة وستون سهما، وخمسة أسداس سهم. ونصف سدس سهم من ستة وتسعين سهما، ولغير المدخولتين أحد وثلاثون سهما ونصف سدس سهم، من ستة وتسعين سهما[1].

وهذه المسألة تنبنى على مسألتين:

إحداهما: إذا كان له ثلاث نسوة، دخل بواحدة، فقال: إحداكن طالق ثلاثا، كان للمدخولة ثلث ميراث النساء في قوله.

والثانية، لو قال: إحداكنّ طالق ثلاثا والأخرى واحدة، على قول محمد للمدخولة خمسة أثمان الميراث.

ووجه البناء أن في مسألتنا هذه إحدى المدخولتين وارثة بيقين، لأن الطلاقين لو وقعا عليهما، فالتى عليها الواحدة وارثة، فنقول: إن كانت الوارثة وارثة بوقوع الواحدة، بقي الطلاق[2] الثلاث بين مدخولة وغير مدخولتين، فيكون للمدخولة ثلث الميراث في قولهم.

وإن كانت الوارثة بيقين وارثة بعدم الوقوع عليها[3] بقي طلاقان، واحدة وثلاث

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٨.

(٢) "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) "عليها" ساقط من النسخ الأخرى.

بين مدخولة وغير مدخولتين، على قول محمد للمدخولة خمسة أثمان الميراث.

فصَحّ أن المسألة تنبنى على هاتين المسألتين، ثم وجه التخريج أن نقول: إحدى المدخولتين وارثة بيقين، فنعزلها، ونسمّيها معزولة للإصابة.

فنقول: إن كانت المعزولة وارثة بوقوع الواحدة، بقي الثلاث بين مدخولة وغير مدخولتين، على أيتهن وقع، حرمها الميراث، فكان للمعزولة للإصابة ثُلث الميراث، والباقي بين الباقيات أثلاثا لاستواء حالهن.

وإن كانت المعزولة للإصابة وارثة بعدم الوقوع، فإحدى غير المدخولتين لاتسلم عن الطلاق، فتكون محرومة، فنقول: إن كانت محرومة بوقوع الواحدة، بقي الثلاث بين مدخولة وغير مدخولة، على أيّتهما وقع حرمها الميراث، فيكون للمعزولة للإصابة نصف الميراث، وإن كانت المحرومة محرومة بوقوع الثلاث، بقيت الواحدة.

إن وقعت على المدخولة، كان للمعزولة ثلث الميراث، لأنه يزاحمها امرأتان، وإن وقعت الواحدة على غير المدخولة، كان للمعزولة للإصابة نصف الميراث، لأنه لايزاحمها إلاّ امرأة واحدة، فلها في هذه الحالة، الثلث مرّةً وهو أربعة، والنصف أخرى وهو ستة، فأربعة ثابتة، وما زاد عليها إلى ستة ثبتت في حالٍ دون حالٍ، فيكون لها خمسة من اثني عشر، ثم لها خمسة في هذه الحالة.

وفي الحالة الأخرى، وهي ما إذا كانت المحرومة محرومة بوقوع الواحدة، كان للمعزولة للإصابة نصف الميراث، ستة فخمسة بيقين، والسهم الزائد مشكوك فيه، فيتنصّف، فيكون لها خمسة ونصف.

هذا إذا كانت المعزولة للإصابة وارثة بعدم الوقوع، وإن كانت وارثة بوقوع الواحدة، فلها في تلك الحالة الثلث أربعة، فأربعة ثابتة بيقين، ووقع الشك في سهم ونصف، فتتنصّف الزيادة، فيصير[1] لها أربعة وثلاثة أرباع سهم، فهو حاصلُ مَا كان للمعزولة للإصابة.

وأما نصيب صاحبتها: ففيما إذا كانت المعزولة للإصابة وارثة بوقوع الواحدة، كان لصاحبتها ثلث الثلثين. وفيما إذا كانت المعزولة للإصابة وارثة بعدم الوقوع، ذكرنا أن للمعزولة للإصابة في هذه الحالة خمسة ونصف من اثني عشر، كان لصاحبتها خمسة أثمان ما بقي بعد نصيب المعزولة، والباقي بعد نصيب المعزولة ستة ونصف، وليس كذلك[2] ثُمن صحيح، فانكَسَر الحساب بالأثمان.

فاضرب أصل المسألة وهو اثني عشر في ثمانية، فيكون ستة وتسعين، فجعلنا ميراث النساء على ستة وتسعين، فنقول: حاصلُ ما صار للمعزولة للإصابة أربعة، وثلاثة أرباع، مضروبا في ثمانية، فيكون[3] ثمانية وثلاثين، فهو حاصل نصيب المعزولة.

وأما نصيب صاحبتها: فلها في الحالة الأولى ثلث الثلثين، والثلثان أربعة وستون، فثلثه أحد وعشرون وثلث، ولها في الحالة الثانية خمسة أثمان، ستة ونصف، وستة ونصف مضروبا في ثمانية، يكون اثنين وخمسين، كل ثمن ستة ونصف، فخمسة أثمانه

---

(١) وفي (ا) و (ب): "فيكون لها".

(٢) "كذلك" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) وفي (ا) و (ب): "فيصير".

يكون اثنين وثلاثين ونصف، فما زاد على أحد وعشرين وثلث، إلى اثنين وثلاثين ونصف، وذلك أحد عشر وسدس مشكوك فيه، فيتنصّف، فيصير خمسة ونصف، ونصف سدس ضمّ إلى أحد وعشرين وثلث، فيصير ستة وعشرين وخمسة أسداس ونصف سدس سهم، ضم إلى نصيب المعزولة، وذلك ثمانية وثلاثون، فيصير أربعة وستين وخمسة أسداس ونصف سدس كما قال في الكتاب.

وأما غير المدخولتين: فإن كانت المعزولة للإصابة معزولة بغير طلاق، لهما ثلاثة أثمان، اثنين وخمسين، كل ثمن ستة ونصف، فيكون تسعة عشر ونصفا.

وإن كانت المعزولة للإصابة معزولة بالواحدة، فلهما ثلثا أربعة وستين، وذلك اثنان وأربعون وثلثا سهم، فما زاد على تسعة عشر ونصف إلى اثنين وأربعين وثلثين، وذلك ثلاثة وعشرون، وسدس مشكوك فيه، فيتنصّف، فيصير أحد عشر ونصفا ونصف سدس، ضمّ هذا إلى تسعة عشر ونصف، فيصير أحدا وثلاثين ونصف سدس.

وعلى رواية أبي يوسف رحمه الله يلغى الثلاث، بقيت الواحدة، إن وقعت على إحدى المدخولتين كان لهما نصف الميراث، وإن وقعت على إحدى غير المدخولتين كان للمدخولتين ثلثا الميراث، ثمانية من اثني عشر، فلهما ثمانية في حال، وستة في حال، فكان لهما سبعة، ولغير المدخولتين ستة في حال، وأربعة في حال، فكان لهما خمسة.

وأما حكم الأصدقة[1]: للمدخولتين مهران، ولغير المدخولتين مهر وثلاثة أرباع

---

(١) وفي (ا): "حكم المهور".

مهر، وعلى قياس قول محمد رحمه الله ينبغي أن يكون لهما[1] مهر ونصف، لأنا لم نتَيقّن بوقوع الطلاق على إحدى الفريقين، فنقول: لو لم يكن دخل بواحدة، كان الساقط بالطلاقين صَداقا كاملا، فالدخول بمن دخل منع السقوط، وسقَط مِن صداق غير المدخولتين النصف.

وجه ما ذكرنا في الكتاب: أنه لو وقع الطلاق على المدخولتين، كان لغير المدخولتين مهران، ولو وقع الطلاقان على غير المدخولتين، كان لهما مهر واحد، فأسقطناها من الحالتين، لوقوع التعارض، لاستواءهما في الضرر والمنفعة.

تبقى حالة ثالثة، وهو أن يقع أحد الطلاقين على إحدى غير المدخولتين، فجعلنا الكلّ غيرَ مدخولات، وطلاقٌ بينهن، فيسقط نصف مهر بين الكل[2]، فالدخول بمن دخل منع السقوط، وسقط من صداق[3] غير المدخولتين الربع.

أو نقول: بأن المهر الواحد ثابت في الأحوال كلها، وقع الشك في الزيادة، فلهما مهر ونصف في حالة، ومهران في حالة، فيثبت نصف ما هو ثابت في كل حال، وذلك مهر وثلاثة أرباع مهر.

واختلف المشايخ في قول أبي يوسف، قال بعضهم: لغير المدخولتين مهر ونصف

---

(١) "لهما" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) وفي النسخ الأخرى: "بينهن".

(٣) وفي النسخ الأخرى: "مهر".

مهر[1] عنده، لأن أقلّ ما يجب لهما مهر واحد، بأن وقع الطلاق عليهما، وأكثر ما يجب لهما مهران، بأن وقع الطلاق على المدخولتين، فيتنصّف المشكوك، فيكون لهما مهر ونصف مهر.

وقال بعضهم: لهما مهر وثلاثة أثمان مهر عنده، لأن الطلاقين لو وقعا على المدخولتين، كان لغير المدخولتين[2] مهران، وإن وقع أحد الطلاقين على غير المدخولتين فلهما مهر ونصف في حال[3]، ومهران في حال، فيتنصّف نصف المهر، فيصير لهما مهر وثلاثة أرباع مهر.

وإن وقع الطلاقان على غير المدخولتين[4]، فلهما مهرٌ واحدٌ في هذه الحالة، ومهر وثلاثة أرباع مهر في الحالة الأولى، فيتنصف ثلاثة الأرباع، فيكون لهما مهر وثلاثة أثمان مهر.

وعلى المدخولتين عدّة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام، تستكمل فيها ثلاث حيض، لأن الطلاقين إن وقعا عليهما، كان عليهما عدة الطلاق ثلاث حيض، وإن لم يقعا عليهما، كان عليهما عدة الوفاة، فكل واحدة من العدّتين تجب في حال دون حال. فيجمع بين

(١) "مهر" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) في النسخ الأخرى: "لهما".

(٣) "في حال": ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) وفي النسخ الأخرى "عليهما" و قوله: "على غير المدخولتين" ساقط منها.

العدتين[1].

وعلى غير المدخولتين عدة الوفاة لاحيض فيها، لأن على اعتبار وقوع الطلاق عليهما، لاعدة عليهما.

ولو كان دخل بثلاث، والمسألة بحالها، فعلى رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة تلغى الثلاث، بقيت الواحدة، إن وقعت على غير المدخولة، لاشيء لها، وإن لم تقع، لها ربع الميراث، فكان لها الثمن.

وعلى قول محمد للمدخولات خمسة أسداس ونصف سدس سهم[2]، لأن ثنتين من المدخولات وارثتان، إما بوقوع الطلاق[3] الواحدة على إحداهما، أو بعدم الوقوع عليهما[4].

فإن كانت وارثتين[5] بعدم الوقوع، فغير المدخولة لاتسلم عن أحد الطلاقين، فيكون جميع الميراث للمدخولات.

وإن ورثتا بوقوع الواحدة على إحداهما، بقي الثلاث بين مدخولة وغير مدخولة، على أيتهما وقع حرمها الميراث، فيكون للمعزولتين ثلثا الميراث، والثلث الآخر بين

---

(١) وفي النسخ الأخرى: "بينهما".

(٢) "سهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) "الطلاق" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٨.

(٥) "فإن كانت وارثتين". ساقط من النسخ الأخرى.

مدخولة وغير مدخولة، لكل واحدة منهما السدس، فيكون للمدخولات خمسة أسداس الميراث، ولغير المدخولة السدس.

وفي الحالة الأولى: وهو ما إذا ورثتا بعدم الوقوع، كان جميع الميراث للمدخولات، فلهنّ الكل في حال، وخمسة الأسداس في حال، فكان لهن خمسة أسداس ونصف سدس، ولغير المدخولة السدس في حال ولاشيئ في حال، فكان لها نصف السدس، وللمدخولات مُهُور كَوَامل، ولغير المدخولة خمسة أسداس مهر، لأن إحدى المدخولات مطلّقة.

بقي طلاق واحد بين مدخولتين وغير مدخولة، لو لم يكن دخل بواحدة، سقط به نصف مهر بينهن، من مهر كل واحدة السدس، فالدخول بمن دخل منع السقوط، وسقط من مهر غير المدخولة السدس. وعلى قول أبي يوسف لغير المدخولة ثلاثة أرباع مهر، لأن أحد الطلاقين وقع على المدخولة.

بقي طلاق آخر إن وقع على غير المدخولة[1]، كان لها نصف مهر، وإن لم يقع عليها، فلها مهر كامل، فيكون لها ثلاثة أرباع مهر.

ولو دخل بثلاث منهن، فقال: إحدى نساءي طالق ثلاثا، والأخرى ثنتين، والأخرى واحدة، ومات قبل البيان، فلغير المدخولة نصف سدس الميراث، لأن ثنتين من المدخولات وارثتان، لأن استواء حالهنّ أن يقع الكل عليهن، فالتي يقع عليها الواحدة

(١) في النسخ الأخرى: "عليها".

والتي يقع عليها الثنتان[١] وارثتان، فنعزلهما.

ونقول: إن ورثنا بعدم الوقوع على إحداهما، فغير المدخولة لاتسلم عن الطلاق، ولاترث شيئا في هذه الحالة، وإن ورثنا بوقوع الواحدة على إحداهما والثنتين على الأخرى، بقي الثلاث بين مدخولة وغير مدخولة، على أيتهما وقع، حرمها عن الميراث، فيكون ثلثا الميراث للمعزولتين، والثلث بين المدخولة الأخرى وغير المدخولة، فيكون خمسة أسداس الميراث للمدخولات، والسدس لغير المدخولة.

وفي الحالة الأولى: وهي حالة عدم الوقوع على إحدى المعزولتين، كان جميع الميراث للمدخولات، ولغير المدخولة السدس في حال، ولاشيئ في حال، فيكون لها نصف السدس، وللمدخولات خمسة أسداس الميراث في حال، والكل في حال، فيكون لهن خمسة أسداس الميراث ونصف سدس.

وعلى رواية أبي يوسف تلغى الثلاث، بقي الثنتان والواحدة، إن وقعا على المدخولات، كان لهن ثلاثة الأرباع، والربع لغير المدخولة، وإن وقع أحد الطلاقين على غير المدخولة، كان جميع الميراث للمدخولات، فللمدخولات ثلاثة الأرباع في حال، والكل في حال، فيتنصّف الربع، فيكون لهن سبعة الأثمان، ولغير المدخولة الربع في حال، ولاشيئ في حال، فكان لها الثمن، وللمدخولات ثلاثة مهور، ولغير المدخولة ثلاثة أرباع مهر، لأنا تيقنّا بوقوع الطلاقين على المدخولات.

بقي طلاق آخر بين مدخولة وغير مدخولة، لو لم يكن دخل بواحدة منهما، سقط

---

(١) وفي النسخ الأخرى: "اثنان".

به نصف مهر بينهما، فالدخول بمن دخل منع السقوط، بقي الساقط من مهر غير المدخولة الربع، وعلى اعتبار الأقل والأكثر، وهو قول أبي يوسف كذلك.

أما الفصل الثاني:

رجل تزوّج بثلاث نسوة، ودخل بواحدة، فقال في صحته: "إحدى نسائي طالق واحدة أو ثلاثا"، ومات قبل البيان، قال: للمدخولة ثلاثة أثمان الميراث[1]، لأن الواقع أحد الطلاقين لمكان كلمة "أو".

فإن كان الواقع هو الثلاث، وحالهن في ذلك على السواء، كان الميراث بينهن أثلاثا، للمدخولة الثلث.

وإن كان الواقع هي الواحدة، فإن وقعت على المدخولة، كان لها الثلث أيضا، أربعة من اثني عشر، وإن وقعت على إحدى غير المدخولتين، كان للمدخولة النصف ستة، فتيقّنا في أربعة، وشككنا في سهمين، فيتنصّف، فكان لها خمسة من اثني عشر، ثم لها خمسة في هذه الحالة.

وفي الحالة الأولى: وهي حال وقوع الثلاث، كان لها أربعة، فيتنصف السهم الخامس، فيكون لها أربعة ونصف، وأربعة ونصف من اثني عشر ثلاثة أثمانه.

ولغير المدخولتين في الحالة الأولى: وهي حال وقوع الثلاث، ثلثا الميراث ثمانية، وفي الحالة الثانية: وهي حال وقوع الواحدة، إن وقعت الواحدة عليهما، لهما نصف الميراث ستة، وإن وقعت الواحدة على المدخولة، كان لغير المدخولتين ثمانية من اثني

---

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٩.

عشر، فيتنصف السهمان، فيكون لهما سبعة من اثني عشر.

وفي الحالة الأولى: وهي حال وقوع الثلاث، كان لغير المدخولتين ثمانية من اثني عشر، وقع الشك في السهم الثامن، فكان لهما سبعة ونصف، وسبعة ونصف من اثني عشر خمسة أثمانه، كل ثمن سهم ونصف.

وعلى رواية أبي يوسف: للمدخولة خمسة من اثني عشر، لأن الثلاث لغو، بقيت الواحدة، إن وقعت على المدخولة، لها أربعة، وإن وقعت على إحدى غير المدخولتين، فللمدخولة ستة، فتتنصف الزيادة، فيكون لها خمسة من اثني عشر سهما.

وللمدخولة مهر كامل، ولغير المدخولتين مهر وثلثا مهر [1]، لكل واحدة خمسة أسداس مهر، لأن الواقع أحد الطلاقين، قضيةً لكلمة "أو" [2]، لو لم يكن دخل بواحدة، سقط به نصف مهر موزعا على الكل، فسدس المدخولة لم يسقط، وسقط من مهر غير المدخولتين الثلث.

وعلى قول أبي يوسف: لهما مهر وثلاثة أرباع مهر، لأن أقل ما لهما مهر ونصف، وأكثر ما لهما مهران، فيكون لهما مهر وثلاثة أرباع مهر.

ولو كنّ أربعا، ودخل بواحدة، فقال: إحداكنّ طالق ثلاثا أو واحدة، ومات قبل البيان، قال: للمدخولة ثلاثة أسهم، وربع سهم من اثني عشر سهما من ميراث النساء،

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٩.

(٢) "قضية لكلمة أو" ساقط من (ا) و (ب).

ولغير المدخولات ثمانية أسهم وثلاثة أرباع سهم[1].

لأن الواقع لو كان هو الثلاث، كان لغير المدخولات ثلاثة الأرباع، وإن كان الواقع هو الطلاق الواحد، فإن وقع على المدخولة، فلها الربع، وإن وقع على إحدى غير المدخولات، فللمدخولة الثلث، فالربع ثابت بيقين، وقع الشك فيما زاد على الربع إلى الثلث، فيتنصّف، فيكون لها ثلاثة ونصف حال وقوع الواحدة، وحال وقوع الثلاث لها الربع ثلاثة، فتتنصف الزيادة، فكان لها ثلاثة وربع.

وعلى قياس رواية أبي يوسف ثلاثة أسهم ونصف من اثني عشر، لأنه لايعتبر الثلاث، بقيت الواحدة، إن وقعت على المدخولة، فلها الربع ثلاثة، وإن وقعت على غيرها، فلها الثلث أربعة، فتتنصف الزيادة، فيكون لها ثلاثة ونصف.

وأما حكم المهر: للمدخولة مهر كامل، ولغير المدخولات مهران وخمسة أثمان مهر[2]، لأن الواقع طلاق واحد. ولو لم يكن دخل بواحدة، سقط نصف مهر موزعا على الأربع. فمهر المدخولة تأكّد، وسقط من صداقهن ثلاثة أثمان مهر.

وعلى قول أبي يوسف: لهن مهران وثلاثة أرباع مهر، لأن أقل ما لهن مهران ونصف، وأكثر ما لهن ثلاثة مهور، فيكون لهن مهران وثلاثة أرباع مهر.

ولو دخل بثنتين، والمسألة بحالها، كان للمدخولتين ستة أسهم ونصف، ولغير

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٩.

(٢) المصدر السابق.

المدخولتين خمسة ونصف[1]، لأن الواقع إن كان هو الثلاث، فالميراث بينهن أرباع. وإن كان هو الواحدة، فإن وقع على المدخولتين، فلهما نصف الميراث، وإن وقع على غيرهما، فلهما ثمانية، فستة ثابتة بيقين، ووقع الشك في سهمين، فيكون لهما سبعة. وحال وقوع الثلاث لهما نصف الميراث ستة، فيتنصف السهم السابع فكان لهما ستة ونصف.

ولغير المدخولتين حال وقوع الثلاث ستة، وحال وقوع الواحدة لهما خمسة، فكان لهماخمسة ونصف[2].

وعلى رواية أبي يوسف: تلغى الثلاث، بقيت الواحدة، إن وقعت على المدخولتين لهما ستة، وإن وقعت على غير المدخولتين، كان للمدخولتين[3] ثمانية، فيتنصف السهم، فكان لهما سبعة، ولغير المدخولتين أربعة في حال، ستة في حال، فيكون لهما خمسة، وللمدخولتين مهران، ولغير المدخولتين مهر وثلاثة أرباع مهر بالإجماع مع اختلاف التخريج.

ولو دخل بثلاث، والمسألة بحالها، فللمدخولات تسعة عشر ونصف، من أربعة وعشرين من ميراث النساء، ولغير المدخولة أربعة أسهم ونصف، لأن الواقع لو كان هو الثلاث، كان للمدخولات ثلاثة أرباع الميراث، وهو تسعة من اثني عشر.

ولو كان الواقع واحدة، إن وقعت على المدخولات، كان لهن تسعة أيضا، وإن

(١) المصدر السابق.

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٩.

(٣) في النسخ الأخرى: "فللمدخولتين".

وقعت على غير المدخولة، فلهنّ الكل، فالتسعة بيقين، وقع الشك في ثلاثة، فتتنصف الزيادة، فصار لهن عشرة ونصف.

وحال وقوع الثلاث، كان لهن تسعة، فتسعة بيقين، والشك في سهم ونصف، فيتنصف، فصار تسعة وثلاثة الأرباع، فمحمد ضَعّفه، وجعله تسعة عشر ونصفا، ولم يُبال بالكسر بالإنصاف، والباقي لغير المدخولة على الوجه الذي قلنا[1].

وعلى رواية أبي يوسف: للمدخولات سبعة أثمان الميراث، لأنه يلغى الثلاث، بقيت الواحدة، إن وقعت على المدخولات، فلهن ثلاثة الأرباع، وإن وقعت على غير المدخولة، كان الكل لهن، فلهن الكل في حال، وثلاثة الأرباع في حال، فكان لهن سبعة الأثمان، ولغير المدخولة الثمن، وللمدخولات مهور كوامل.

ولغير المدخولة سبعة أثمان المهر عند محمد[2]، لأن المعتبر طلاق واحد، ولو لم يكن دخل بواحدة، سقط به نصف مهر موزّعا عليهن، ومهر المدخولات تأكّد.

بقي الساقط من مهر غير المدخولة الثمن، وعلى اعتبار الأقل والأكثر، وهو قول أبي يوسف لغير المدخولة[3] ثلاثة أرباع المهر.

الفصل الثالث:

رجل له ثلاث نسوة، لم يدخل بواحدة، دخل عليه ثنتان، فقال: "إحداكما

(١) "على الوجه الذي قلنا" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٩.

(٣) "لغير المدخولة" ساقط من (ا) و (ب).

طالق " ، ثم خرجت[1] إحداهما ، ودخلت الأخرى ، فقال : إحداكما طالق ، ثم مات قبل البيان .

قال : للخارجة ثلاثة أرباع مهرها ، وللثانية خمسة أثمان مهرها ، وللداخلة سبعة أثمان مهرها ، لأن الكلام الأوّل صحيح ، وقد سقط به نصف مهر موزّعا على الخارجة والثابتة ، فيسقط من مهر كل واحدة الربع .

وأما الكلام الثاني صحيح في حال دون حال ، إلا إذا أراد بالكلام الأوّل الخارجةَ صَحّ الكلام الثاني ، وإن أراد بالأوّل الثابتةَ لايصحّ الكلام الثاني ، ولو صَحّ من كل وجه ، سقط به نصف مهر [موزعا][2] ، فإذا تردّد يسقط نصف النصف ، وهو الربع ، موزعا عليهما ، فيسقط من مهر الثابتة الربع بالكلام الأوّل ، والثُّمن بالكلام الثاني ، وسقط من مهر الداخلة الثمن بالكلام الثاني .

قال في الكتاب : وهو قول أبي يوسف ومحمد ، وذكر الكرخي[3] أن هذا قول محمد خاصة ، وقاسَه على مسألة العتاق .

وأما حكم الميراث قال : للداخلة نصف الميراث ، والنصف بين الخارجة والثابتة نصفان ، لأنه إن أراد بالكلام الأوّل الخارجة ، صَحّ الكلام الثاني ، ويكون الميراث بين الثابتة والداخلة ، وإن أراد بالكلام الأوّل الثابتةَ ، لايصح الكلام الثاني ، فتيقنّا أن الداخلة وارثة ،

---

(١) في النسخ الأخرى : "فخرجت"

(٢) ما بين المعكوفتين إضافة من (ا) و (ب) .

(٣) هو عبيد الله بن الحسين ، الشهير بأبي الحسن الكرخي ، تقدّم ترجمته في ص : ١٠٧ .

ولها النصف، والنصف الآخر دائر بين الخارجة والثابتة، فكان بينهما.

وختم الزعفراني[1] رحمه الله البابَ بمسألة ذكرها ابن سماعة رحمه الله [في]:[2]

رجل تزوج ثلاثا في عقدة، وثنتين في عقدة، وأربعاً في واحدة،[3] ودخل بثنتين لايعرفان، ثم طلّق إحدى نسائه ثلاثا، والأخرى واحدة، ثم تزوج واحدة بعد انقضاء مدّة العدّة، ومات قبل البيان، قال: للواحدة سبعة عشر سهما، من أربعة وعشرين سهما، وللثلاث سبعة، ولاشيئ للأربع ولاللثنتين.

جَعَل نكاح الأربع فاسدا، استدلالابنكاح الواحدة بعد الكل، وصار نكاح الواحدة بياناً أن نكاح الأربع كان متأخرا، والدخول مصروف إلى المنكوحة، حملالأمره على الصحة، وإذا فسد نكاح الأربع، لاميراث لهن ولامهر.

---

(١) هو محمد بن أحمد بن أحمد بن محمد بن عَبدُوس بن كامل، أبو الحسين، الدلال، المعروف بالزّعفَراني، له ذكرٌ في «الهداية»، وحدّث الخطيب عن أبي القاسم التنوخي قال: كان الزعفراني معه يختلف إلى أبي بكر الرازي، ويأخذ الفقه عنه، وقال السمعاني: كان فقيها صالحا ثقة، من أهل بغداد، وكانت وفاته سنة ٣٩٣هـ. والزّعفَراني: بفتح الزاى وسكون العين المهملة وفتح الفاء والراء المهملة، ذكر السمعاني أن "الزعفراني" نسبة إلى زعفرانية، قرية من سواد بغداد، وإلى بيع الزعفران، وإلى قرية بين همدان وأسد آباد.

ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١١٥٠، «الطبقات السنية» برقم ١٧٧٧، «الفوائد البهية» ص ١٥٥، «تاريخ بغداد» ١/ ٢٦٥، «الأنساب» ٦/ ٣٠٠.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

(٣) في النسخ الأخرى: "عقدة".

وأما الواحدة: كما يَصحّ نكاحها مع الثلاث، يَصحّ مع الثنتين، فإن صَحّ مع الثنتين، فلاميراث لهما، لأنه لو صَحّ نكاحهما فقد وقع الطلاق[1] عليهما، وانقضت عدتهما، فكان جميع الميراث للواحدة.

وإن صَحّ نكاح الواحدة مع الثلاث، فإن وقع الطلاقان على المدخولتين، فالتي وقع عليها الواحدة وغير المدخولة تَرِث مع الواحدة، فيكون للواحدة ثلث الميراث، ثمانية من أربعة وعشرين.

وكذا لو وقع الثلاث على غير المدخولة، كان للواحدة ثلث الميراث، وإن وقع الثلاث على إحدى المدخولتين، والطلاق[2] الواحدة على غير المدخولة، كان للواحدة نصف الميراث، إذ لايزاحمها إلاّ امرأة واحدة، فلها الثلث في حال، والنصف في حال، فيتنصف ما زاد على الثلث، فكان لها عشرة، ثم لها عشرة لو صَحّ نكاحها مع الثلاث.

ولو صَحّ نكاحها مع الثنتين، كان لها كل الميراث، فيتنصف ما زاد على العشرة إلى أربعة وعشرين، فيصير لها سبعة عشر، وللثلاث سبعة، لأنه لو صَحّ نكاحهنّ مع الواحدة، كان لهن أربعة عشر، وإن لم يَصحّ، لاشيء لهن، ونكاحهن يَصحّ في حال دون حال، فكان لهن سبعة.

وللواحدة مهر كامل، لأن نكاحها صحيح، ولم يوجد المسقط، وللثلاث مهر وثلاثة أثمان مهر، لأنه لو صَحّ نكاحهن، فإن وقع الطلاقان على المدخولتين، كان لهن

---

(١) وفي (ا) و (ب): "الطلاقان".

(٢) "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

ثلاثة مهور، وإن وقع أحد الطلاقين على غير المدخولة منهن، كان لهن مهران ونصف، وكان لهن مهران وثلاثة أرباع [مهر][1] باعتبار ما قلنا[2].

هذا إذا صَحّ نكاحهن، وإن لم يَصحّ لا شيء لهن، فكان لهن مهر وثلاثة أثمان مهر، وللثنتين مهر واحد، لأنه لو صَحّ نكاحهما فلهما مهران، وإن لم يَصحّ لا شيء لهما، فإذا تردّد يقضى بمهر واحد.

ـ والله أعلم ـ

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

(٢) "باعتبار ما قلنا" ساقط من (ا) و (ب).

باب من الحيض الذي تصدّق فيه المرأة أو تكذّب على الطلاق والعتاق المعلّق به

بنى الباب على أصول:

منها: أن مَن أنكر شرطَ وقوع الطلاق المعلّق أو العتق المعلق، قُبِل قولُه، لأنه متمسّك بالأصل، وهو العدم[1]..

---

(١) يشير إلى قاعدة فقهية قرّرها الفقهاء في ضوء قاعدة كلية أخرى: «اليقين لايزول بالشك»، وذكرها السيوطي وابن نجيم في الأشباه بقوله: «الأصل العدم» ثم نبّه إلى أنه ليس المراد به العدم مطلقا، وإنما هو في الصفات العارضة، وأما في الصفات الأصلية فالأصل الوجود، حتى يقوم الدليل على خلافه، ومن هنا جاءت هذه القاعدة في المجلّة مادة: ٩ بعبارة: «الأصل في الصفات العارضة العدم» وقال الشيخ أحمد الزرقاء في شرحها: الصفات بالنسبة إلى الوجود والعدم على قسمين:

الأول: هو الصفات التي يكون وجودها في الشيء طارئا وعارضا بمعني أن الشيء بطبيعته يكون خاليا عنها غالبا، وهذه تسمى "الصفات العارضة"، والأصل فيها العدم، ومثل هذه الصفات غيرُها من الأمور التي توجد بعد العدم كسائر العقود والأفعال، وهذا القسم وما ألحق به من العقود والأفعال هو موضوع هذه القاعدة.

الثاني: هو الصفات التي يكون وجودها في الشيء مقارنا لوجوده، فهو مشتمل عليها بطبيعته غالبا، وهذه تسمي "الصفات الأصلية"، والأصل فيها الوجود، كبكارة الجارية، وسلامة المبيع من العيوب، والصحة في العقود بعد انعقادها، ويلحق بالصفات الأصلية الصفات العارضة التي

ولو كان الطلاق مضافا إلى وقت، فأنكر وقوعَه بعد مجيئ وقته، لايقبل قوله؛ لأن المضاف إلى وقت، ينزل عند الوقت ظاهرا، فإذا أنكر الوقوعَ، كان مكذبا من حيث الظاهر.

وهذا في الحقيقة بناءًا[1] على أن التعليق ليس بسبب عندنا، وإنما يصير سببا عند الشرط، فإذا أنكر الشرط فقد أنكر السبب، أما الإضافة فهو[2] سبب في الحال[3]، فإذا أقرّ بالسبب، فقد أقرّ بالحكم.

وأصل آخر: أن المرأة إذا أخبرَت عن الحيض أو الطهر في وقته، قُبل قولُها، لأنها مَنهيّة عن الكتمان[4]، والنهي عن الكتمان أمر بالإظهار، وفائدة الأمر القبولَ[5].

ثبت وجودها في وقت ما، فإن الأصل فيها حينئذ البقاء بعد ثبوت وجودها. راجع: «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ٦٩، ٧١، «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص ٤٢، «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١/ ٢٣، «شرح القواعد الفقهية» ص٦٩.

(١) كذا في (ا) و (ب)، وفي الأصل: "بَنى".

(٢) "فهو" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) أي: إن إضافة الطلاق إلى وقت سبب للحال، لكن تأخّر حكمه إلى أن يجيئ الوقت، فإذا جاء ذلك الوقت فقد وقع الطلاق ظاهرا نظرا إلى السبب، فإذا ادّعى بعد ذلك ما يبطل الطلاق الواقع أو ادّعى مانعا يمنع من الوقوع، لايقبل قوله للتعارض، أما الطلاق المعلق بصريح الشرط إنما يصير سببا عند الشرط، فإذا أنكر الشرط فقد أنكر وجود السبب. انظر «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ٣٠. وانظر: «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ٢٠٨.

(٤) قال ابن كثير في تفسير قوله تعالى: "ولايحلّ لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن" أي من حبل أو حيض، قاله ابن عباس وابن عمر ومجاهد والشعبي والحكم بن عيينة والربيع بن أنس

وأصل آخر: أن من أخبرَ عن شيئ يملك إنشائَه، لايكذّب فيه، لأنه إذا كان يملك الإنشاءَ، لايكون متّهما في الإخبار، ومتى أخبر عن شيئ لايملك إنشائَه، جاز تكذيبه لمكان الفائدة والتهمة.

ولهذا قلنا: إن الوكيل بالبيع إذا أخبر عن البيع حالَ قيام الوكالة، قُبِل قوله، ولو أخبر بعد العزل، لايقبل قوله إذا كذّبه الموكّل.

وكذا الزوج إذا أخبر عن الرجعة، قُبِل قوله حالَ قيام العدّة، ولايقبل قوله بعد انقضاء العدة.

والضحاك وغير واحد، وقوله: "إن كُنّ يؤمنّ بالله واليوم الآخر" تهديدٌ لهنّ على خلاف الحق، ودلّ هذا على أن المرجع في هذا إليهن، لأنه أمر لايعلم إلا من جهتهن، ويتعذّر إقامة البينة غالبا على ذلك، فردّ الأمر إليهن، وتوعدهّن فيه لئلا يُخبرن بغير الحق، إما استعجالا منها لانقضاء العدة أو رغبة منها في تطويلها لما لها في ذلك من المقاصد، فأمرت أن تخبر بالحق في ذلك من غير زيادة ولا نقصان: «تفسير ابن كثير» ١/ ٢٣٥.

(٥) قال الإمام أبو بكر الجصاص: لما وعظها بترك الكتمان دلّ على أن القول قولها في وجود الحيض أو عدمه، وكذلك في الحبل، لأنهما مما خلق الله في رحمها، ولو لا أن قولها فيه مقبول لما وعظت بترك الكتمان، ولا كتمان لها، فثبت بذلك أن المرأة إذا قالت "أنا حائض" لم يحل لزوجها وَطؤها وأنها إذا قالت "قد طهرت" حل له وطؤها «أحكام القرآن» للجصاص، ١/ ٤٥٠

وقال ابن الهمام: إنها أمينة مأمورة بإظهار ما في رحمها، بقوله تعالى: "ولايحلّ لهن أن يكتمن ما خَلَقَ اللهُ في ارحامهنّ"، وتحريم كتمانها أمر بالإظهار، وفائدة الأمر بالإظهار ترتيب أحكام المظهر، وهو فرع قبوله. «فتح القدير» ٣/ ١٣٦.

[الفصل الأول]

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل قال لامرأته بعد الدخول، وهي من ذوات الحيض: "أنت طالق للسنّة"[1]، لايقع الطلاق إلاّ في طُهر خال عن الجماع وعن الطلاق، عقيبَ حيضٍ خالٍ عن الجماع والطلاق، لأن "الطلاق السّنّي" يُفسر بذلك[2].

قال عليه الصلاة والسلام لعمر رضي الله عنه: «مُر ابنَك، فليُراجعها، ثم ليدعها حتى تحيض و تطهر، ثم ليطلقها، إن شاء طاهرا من غير جماع، أو حاملا قد استَبان حَمْلُها»[3]

(١) قوله: "للسنّة" أي: لوقت السنة، كذا فسّره قاضي خان فيما يأتي: باب من الطلاق الذي يلحقه الاستثناء، انظر ص ٤١٠. وألفاظ طلاق السنة كما روى بشر عن أبي يوسف: للسنة، وفي السنة، وطلاق سنة، والعدة، وطلاق عدة، وطلاق العدل، وطلاقا عدلا، وطلاق الدين، والإسلام، وأحسن الطلاق، وأجمله، أو طلاق الحق أو القرآن أو الكتاب، كل هذه تحمل على أوقات السنة بلا نية، لأن كل ذلك لا يكون إلا في المأموربه. انظر «فتح القدير» ٣/ ٣٨.

(٢) راجع لتفصيل أحكام طلاق السنة وأنواعه: «الهداية» و«فتح القدير» ٣/ ٢٢، «النتف في الفتاوى» ١/ ٣١٨، «بدائع الصنائع» ٣/ ٨٨.

(٣) حديث صحيح، أخرجه الأئمة الستة وغيرهم، ونص الحديث كما أورده أبوداود من طريق مالك عن نافع عن عبدالله بن عمر: أنه طَلّق امرأته وهي حائضٌ على عهد رسول الله ﷺ، فسأل عمرُ بن الخطاب رسولَ الله ﷺ عن ذلك فقال رسول ﷺ: «مُرهُ فلير اجعها ثم لِيُمسكها حتى تطهُرَ ثم تحيضُ ثم تطهُرُ ثم إن شاء أمسكَ بعد ذلك، وإن شاء طلّق قبل أن يَمسّ، فتلك العدّةُ التي أمر الله أن تُطلّق لها النساء»، أخرجه أبوداود في الطلاق، باب في طلاق السنة، الحديث: ٢١٧٩، وأخرجه البخاري في الطلاق، باب قول الله تعالى: "ياأيها النبي إذا طلّقتم النساءَ فطلقوهن

والمعنى فيه: أن الطلاق محظور يباح لأجل الحاجة[1]، ودليل الحاجة الإقدام في[2] حال كمال الرغبة[3]، وهو الطهر الخالي عن الجماع والطلاق، عقيب حيض خالٍ عن

لعدّتهنّ وأحصوا العدّة" الحديث: ٥٢٥١ بنحوه، وأخرجه مسلم في الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، الحديث: ٣٦٣٧، وأخرجه النسائي في الطلاق، باب وقت الطلاق، الحديث: ٣٣٩٠.

وفي رواية: «مُره فليراجعها، ثم ليُطلّقها طاهرا أو حاملا»، أخرجه مسلم ٣٦٤٤، وأبوداود ٢١٨١، والترمذي ١١٧٦، والنسائي ٣٣٩٧، وابن ماجه ٢٠٢٣، والطحاوي ٣/ ٥٣.

وحديث تطليق ابن عمر امرأته وهي حائض، رواه البخاري برقم: ٥٣٣٢ و٤٩٠٨ و٥٢٥٨ و ٥٢٣٣ و ٥٢٥٢ و٧١٦٠، ومسلم من وجوه: ٣٦٣٧ - و ٣٦٥٧، وأبوداود: ٢١٧٩ - ٢١٨٥ والنسائي: ٣٣٨٩ - ٣٣٩٢ و٣٣٩٦ - ٣٤٠٠، وابن ماجة: ٢٠١٩ - ٢٠٢٢، والدارمي: ٢١٧٩ و٢١٨٠، ومالك: ٢/ ٥٧٦، وأحمد: ١٢٤٦٤، ١٣٠٨١، والطحاوي: ٣/ ٥٣، والدارقطني: ٤/ ٧، والبيهقي: ٧/ ٣٢٣، كلهم من عدّة طرق.

(١) عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «أبغض الحلال إلى الله عز وجلّ الطلاق» أخرجه أبوداود في الطلاق، باب في كراهية الطلاق، الحديث: ٢١٧٨، كما روى في نفس الباب عن محارب رضي الله عنه قال قال رسول ﷺ: «ما أحلّ الله شيئا أبغض إليه من الطلاق» الحديث: ٢١٧٧، وأخرجه ابن ماجة أيضا في الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، الحديث: ٢٠١٨.

(٢) "في" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) ذكر الإمام محمد رحمه الله في «زيادات الزيادات» بابا بعنوان: "باب طلاق السنة الذي بالوكالة والجعل وغيره"، قال السرخسي في تعليقه عليه: الطلاق مباح مبغض شرعا، وإباحة الإيقاع للحاجة إليه عند عدم موافقة الأخلاق، فكان مختصا بزمان توفّر الدواعي إليها، وذلك طهر لم يجامعها فيه، لأنه زمان رغبته فيه طبعا، وتمكّنه من غشيانها شرعا فلا يختار فراقها على صحبتها

الجماع والطلاق.

أما خُلوّ الطهر عن الجماع: لأن الجماع سبب لنقصان الرغبة، وخلوّه عن الطلاق، لأن الحاجة تندفع بالطلاق الأوّل، فلاتَتَجدّد الحاجة إلى الثاني إلاّ بتَجدّد الزمان، ولم يوجد.

وأما خلوّ الحيض عن الجماع: لأن الجماع في الحيض سبب لنقصان الرغبة في الطهر بعده، وخلوّه عن الطلاق، لأن الحاجة إنما تتجدّد بعد تَخلّل زمان كثير بين الأوّل والثاني، وليس بين الجزء الأوّل من الطهر، والجزء الآخر من الحيض زمانٌ كثير تَتجدّد فيه الحاجة.

فإن حاضت وطهُرت، فقال الزوج: "كنت جامعتُها في الحيض"، فأنكرت[1]، فالقول قولها، لأن الطلاق واقع ظاهراً لوجود وقته ظاهرا، فكان الزوج مدّعيا أمراً حادثا لايملك إنشاءَه، وفيه إبطال الطلاق الواقع من حيث الظاهر، فلايصدّق.

كالمُولي إذا قال بعد انقضاء المدة: "كنت فئت[2] إليها في المدة"، لايقبل قوله، وإن كان ذلك قبل انقضاء مدة الإيلاء[3]، قُبِل قوله[4]، كذلك هنا.

في هذا الزمان إلا لعدم موافقة الأخلاق. «النكت» ص ٣، للإمام السرخسي، وهو شرح زيادات الزيادات، حققه الأستاذ أبو الوفاء الأفغاني، طبع إحياء المعارف النعمانية، حيدر آباد، الهند. وانظر «المبسوط» ٦/٧.

(١) في النسخ الأخرى: "وانكرت".

(٢) من الفيئ، وهو الرجوع، فاء الرجلُ، يفيئ فيئا، رجَعَ، يقال: فاء الظل، رجع من جانب المغرب إلى جانب المشرق، وفاء المولي فَيئة، رجع عن يمينه إلى زوجته، ومنه قوله تعالى في آية الإيلاء: "فإن فاؤوا فإن اللهَ غفور رحيم" (البقرة: ٢٢٦) «المصباح المنير» مادة: فاء، ص٤٨٦.

(٣) الإيلاء: مصدر آلى يولي إيلاءً، فهو مؤل، في اللغة اليمين مطلقا، وائتلى يأتل كذلك، ومنه

وكذا لو ادّعى أنه طلّقها في حيضها، إن قال ذلك وهي حائض، كان القول[1] قوله، حتى لايقع الطلاق المعلّق إذا طهرت، وإن قال ذلك بعد ما طهُرت، لايقبل قوله، ويقع عليها طلاقان، تطليقة بإقراره، والأخرى لوجود وقت السنة من حيث الظاهر.

كمن قال: "زينب طالق"، وله امرأة معروفة بهذا الاسم، فقال: "لي امرأة أخرى بهذا الإسم، وعنيت تلك المرأة"، طلّقتا جميعاً: المعروفة بحكم الظاهر، وغير المعروفة

قوله سبحانه تعالى: "ولا يأتَلِ أولوا الفضل منكم" (النور: ٢٢).

أما شرعا: فعرّفه الجرجاني بقوله: هو اليمين على ترك وَطء المنكوحة مدةً، مثل: "والله لاأجامعك أربعة أشهر"، وعرّفه ابن الهمام بأنه: "اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله تعالى أو بتعليق ما يستشقّه على القربان"، لكن أشمل تعريف له هو ما عرّف به قاضي خان في فتاواه: الإيلاء: "منع النفس عن قربان المنكوحة منعا مؤكدا باليمين بالله تعالى أو غيره من طلاق أو عتاق أو صوم أو حج ونحو ذلك، مطلقا أو مؤقتا بأربعة أشهر من الحرائر، وشهرين في الإماء من غير أن يتخلّلها وقت يمكنه قربانها فيه من غير حنث". انظر: «المصباح المنير» ص٢٠، «التعريفات» ص ٥٩، «طلبة الطلبة» ص ١٢٩، «أنيس الفقهاء» ص ١٦١، «فتح القدير» ٣/ ١٨٢، «فتاوى قاضي خان» ١/ ٥٤٤.

(٤) وإن ادّعى أنه قد جامعها فإن ادعى في الأربعة الأشهر، فا لقول قوله، وإن ادعى ذلك بعد مضي المدة، لم يقبل قوله بناءً على الاصل المعروف: أنه متى أقرّ بما يملك إنشاءه لا يكون متّهما. انظر «المبسوط» ٧/ ٣١، و «مختصر اختلاف العلماء» لأبي بكر الجصاص، وهو اختصار كتاب «اختلاف العلماء» للإمام لطحاوي، تحقيق دكتور عبد الله نذير احمد ٢/ ٤٨٣، الطبعة الأولى، دار البشائر الإسلامية، بيروت.

(١) في النسخ الأخرى: "قبل".

بإقراره[1].

وإن صدّقته المرأة أنه كان[2] وطئها في الحيض، قُبل قولهما، لأن الحق لهما، فيصح تصادقهما، وإن كان فيه حق الشرع أيضا إلاّ أنها غير متّهمة، لأنها لو أنكرت الحيضَ أو الطهرَ كان القول قولها، فلم تكن متّهمة[3].

ولو قال لامرأته: "إن لم أجامعك في حيضك، فأنت طالق"، فقال بعد ما حاضت وطهرت: "قد جامعتها في الحيض"، وأنكرت، كان القول قوله، لأنه تعليقٌ، والمعلّق بالشرط ليس بإيقاع، وسببٌ قبل الشرط، فإذا أنكر الشرطَ، فقد أنكر الإيقاع.

بخلاف الفصل الأوّل، لأنه إضافة، والمضاف سبب، وإنما الإضافة لتأخير الوقوع، فإذا وجد الوقت ظاهراً، ثبت الوقوع، فكان الزوج مدّعيا إبطال طلاقٍ واقعٍ، فلايصدّق.

ونظير هذا ما لو قال لامرأته: "إن لم أجامعك أربعة أشهر فأنت طالق"، فقال بعد ما مضَتْ أربعة أشهر: "قد كنتُ جامعتها في الأربعة الأشهر"، يقبل قوله.

ولو قال لامرأته: "والله لاأقرّبكِ أربعة أشهر"، كان مُوليا، فإن قال بعد مضيّ

---

(١) انظر «المبسوط» ٦/ ١٢١، ومثله لو قال: يا زينب! فأجابته عمرة، فقال: "أنت طالق ثلاثا" طلقت التي أجابته لأنه اتبع ألا يقاع الجواب، فيصير مخاطبا للمجيبة، وإن قال: "أردت زينب" قلنا تطلق زينب بقصده، ولكنه لا يصدّق في صرف الكلام عن ظاهره، فتطلق عمرة أيضا بالظاهر. «المبسوط» ٦/ ١٢١.

(٢) "كان" ساقط من: (ا) و (ب).

(٣) غير أنه لا يسعها أن تقيم معه إذا كانت تعلم كذبه، لأن القاضي لو علم بذلك فرّق بينهما، فإذا علمت هي، عليها أن تمنع نفسها منه بأن تهرب أو تفتدي بمالها، إلا أن يتزوجها نكاحا جديدا. انظر «المبسوط» ٧/ ٣١.

أربعة أشهر: "قد كنت جامعتها قبل مضيّ مدة الإيلاء"، لا[1] يقبل قوله[2].

والفرق ما قلنا: إنّ في الفصل الأوّل صرّح بالتعليق، فإذا أنكر الشرطَ، كان القول قوله. أما الإيلاء ليس بتعليق نصا، ولهذا لو حلف: لايحلف بالطلاق، فآلي من امرأته، لايحنث، فإذا لم يكن تعليقا، فإذا أخبر عمّا لايملك إنشاءه، وفيه إبطال الطلاق الواقع من حيث الظاهر، لايقبل قوله.

ولو قال لامرأته: "إن لم أقربّك أربعة أشهر فأنت طالق"، وقال لها: "والله لأقربك أربعة أشهر"، ثم قال بعد المدة: "جامعتها في الأربعة الأشهر"، يصدّق في الطلاق المعلّق، ولايصدّق في الإيلاء، وهذا مذهب أصحابنا رحمهم الله.

وعلى قول زفر رحمه الله في التعليق أيضا القول قول المرأة، لأنها متمسكة بالأصل، وهو عدم القِربان[3].

وإنا نقول: التمسّك بالظاهر يصلح للدفع، لا للإيجاب[4]، أصله إذا قال لعبده:

---

(١) في (ا) و (ب): "لم يقبل".

(٢) انظر «مختصر اختلاف العلماء» لأبي بكر الجصاص، ٢/ ٤٨٣. لكن لو أقام شاهدين على مقالته في الأربعة الأشهر أنه قد جامعها فهي امرأته لأن الثابت من إقراره با لبينة كالثابت بالمعاينة، وقال السرخسي: هي من أعجب المسائل أن لا يقبل إقراره بعد مضي المدة، ثم يتمكّن من إثباته بالبينة، وكذلك إن صدقته المرأة فالحق لهما لا يَعدوهما غير أنه لا يسعها ان تقيم معه إذا كانت تعلم كذبه. انظر «المبسوط» ٧/ ٣١.

(٣) راجع «مختصر اختلاف العلماء» لأبي بكر الجصاص، ٢/ ٤٨٣.

(٤) إشارة إلى قاعدة: "الظاهر يصلح حجّة للدفع دون الاستحقاق"، وقد سبق بيانها فليرجع ص ١٦٤. وانظر «شرح الأشباه والنظائر» للحموي ١/ ٢٤٢.

"إن لم تدخل الدارَ اليوم فأنت حر" ، فمضى اليوم، فقال العبد: "ما دخلت" ، وقال المولى: "قد دخلت" ، عندنا القول قول المولى، وعنده القول قول العبد.

وذكر في «الأمالي»: إذا آلى من امرأته قبل الدخول، ثم قال في الأربعة الأشهر: "قد جامعتها" ، قُبل قوله. لما قلنا: إنه أخبر عمّا يملك إنشاءه، فإن طلّقها بعد ذلك، وأنكر الدخول بها فرارا عن كمال المهر ونفقة العدّة، لايقبل قوله، لأن القاضي صدّقه في دعوى الفيء، حيث أبطل الإيلاء، فلايُقبل قوله الثاني.

وحكى هشام[1] عن أبي يوسف رحمهما الله: رجل قال لامرأته المدخولة: "أنت طالق للسنّة" ، فقالت المرأة حين تكلّمه بهذا الكلام: "كنت طاهرة لم تقرّبني فيه" ، وقال الزوج: "بل قرّبتك في هذا الطهر قَبل هذه المقالة" ، كان القول قوله، لأن المرأة تدّعي أن كلامه وقع منجّزاً، وهو منكر التنجيز.

ولو حاضت وطهرت، ثم ادّعى الزوج قربانها في الحيض، لايقبل قوله، لأن الطلاق وقع بحكم الظاهر، فلايصدّق في إبطاله.

الفصل الثاني:

رجل قال لامرأته: "إذا حِضت فعبدي حر" ، فقالت: "حضت"[2]، وكذّبها الزوج، فالقول قوله.

فرّق بين هذا وبينما إذا علّق طلاقها بحيضها، وقالت: "قد حضتُ"[3]، وكذّبها

(١) هو هشام بن عبيد الله الرازي، تلميذ أبي يوسف ومحمد، سبق ترجمته في ص ٢٧٦.

(٢) في النسخ الأخرى: "وقالت".

(٣) في (ا) و (ب): "قدحضت".

الزوج، كان القول قولها.

والفرق أنها جُعلت أمينة في الإخبار عما في رحمها، لمكان الحاجة في حق حكم يرجع إليهما من حلِّ القَربان وغير ذلك، وطلاقها حكم يقتصر عليهما، فجعلت أمينة في ذلك.

أما عتق العبد، وطلاق امرأة أخرى[1] لايقتصر عليهما، فبقيت شاهدة، وشهادة الفرد لاتُقبل إذا كان ذكَرا، فالمرأة أولى[2].

فإن قالت: "رأيت الدَّمَ الساعة"، وصدّقها الزوج، ورفع العبد الأمرَ إلى القاضي، فإنه يوقف[العبد][3]، ويمنع المولى من استخدامه، ومن الوطء إن كانت جارية، ولايقضى بالعتق حتى يستمرّ الدم ثلاثة أيام، لأن الدم المرئيّ في وقته إن استمرّ يكون حيضا، والظاهر هو الاستمرار، إلاّ أن الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق، فصَلح حجّةً لدفع العبد الاستخدام عن نفسه، ولايصلح للعتق.

ولايقال: العتق تعلّق بالحيض، والدم المرئيّ له حكم الحيض في حق ترك الصلاة،

---

(١) حيث قال: "إذا حِضتِ فامرأتي فلانة طالق".

(٢) وذكر الجصاص في تفسيره وجها آخر: لو قال لها: "عبدي حر إن حضت"، فقالت: "قد حضت"؛ لم تصدق، لأن ذلك حكم في غيرها-أعني عتق العبد-والله تعالى إنما جعل قولها كالبينة في الحيض فيما يخصّها من انقضاء عدتها، ومن إباحة وطئها أو حظره، فأما فيما لا يخصّها، ولا يتعلق بها، فهو كغيره من الشروط، فلا تصدق عليه. «أحكام القرآن» للجصاص ١/ ٤٥٠.

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

وحرمة القربان، [وقراءة القرآن][1]، فوجب أن يترك به العتق.

لأنّا نقول: الدم المرئيّ محتمل، فينظر إلى ما تعلّق به، إن كان حكما يحتمل التدارك، لو ظَهَر أمر بخلاف الظاهر، يجعل حيضا في حقه، وترك الصلاة والصوم مما يحتمل التدارك بالقضاء، فيجعل الدم المرئي حيضا في حق الصوم والصلاة.

أما العتق بعد وقوعه، بالقضاء[2] لايحتمل التدارك، ويحتمل التوقّف، فلا يجعل حيضا في حق العبد.

فإن انقطع الدم فيما دون الثلاث، بقي رقيقاً، لأنه ظهر أنه لم يكن حيضا، وإن استمر ثلاثاً، عتق من حين رأت، لأنه ظهر أنه كان حيضا، حتى لو كان العبد جَنى جناية، أو جنى عليه في مدة التوقف، تَرَتّب عليه حكم جناية الأجرار.

فرّق أبو حنيفة بين هذا وبين ما إذا قال[3] لعبده: "أنت حر قبل موتِ فلانٍ بشهر"، فجنى علـ العبد جناية، ثم مات فلان لتمام الشهر، كان عليه حكم جناية العَبيد.

والفرق أن ثَمّة عند أبي حنيفة[4] يَثبت العتق مستندا إلى أوّل الشهر[5]، والعتق[6] المستند يثبت في المتّصل دون المنفصل، أما هنا يقع بطريق الظهور، فيظهر في المتصل

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، ومثبت من (ا) و (ب) وثبوته أولى.

(٢) "با لقضاء" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ا) و (ب): "بين قوله لعبد".

(٤) "عند أبي حنيفة" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) "إلى اوّل الشهر" ساقط من النسخ الأخرى.

(٦) "العتق" ساقط من النسخ الأخرى.

والمنفصل جميعا.

فإن قال الزوج في الأيام الثلاثة: "قد انقطع دمك"، وصدّقته المرأة، وأنكر العبد، كان القول قولها، ولايلتفت إلى قول العبد، لأن رؤيَة الدم إذا ثبت، كان القول في الدّوام والانقطاع قول المرأة، لاختصاصها بالوقوف على ذلك، وإن كان الأصل في الدم المرئي في وقته الدوام، إلاّ أنّ الظاهر لايصلح للاستحقاق، فلايلتفت إلى قول العبد[1]، وكذا لو كذّبته في الانقطاع، كان القول قولها لما قلنا.

فرّق بين هذا وبين ما لو قالت: "حضت"، وأنكر الزوج، كان القول قوله، والفرق أنها جعلت[2] أمينة في الإخبار عمّا في رحمها بطريق الضرورة، فيظهر ذلك فيما كان من لوازم الحيض لا غير، والعتق ليس من لوازم الحيض[3].

وفي الفصل الأوّل العتق تعلّق بالحيض نصّاً، فلو قَبلنا قولَها في ذلك لَقَبلنا قولَها فيما ليس من لوازم الحيض، وجعلنا كلام الزوج إيجابا بقول المرأة، لأن المعلّق بالشرط، يصير إيجابا عند الشرط، فلايُقبل قولها.

أما هنا لو قَبلنا قولَها في الدوام، والعتق لم يتعلق بالدوام، لايثبت بقولها حكم ليس من لوازم الحيض، فقَبلنا قولها.

ولو قال الزوج بعد لأيام الثلاثة[4]: "قد انقطع دمك في الأيام الثلاثة"، وصدّقته

(١) "فلا يلتفت إلى قول العبد" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "جعلت" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) كذا في «أحكام القرآن» للجصاص ١/ ٤٥٠.

(٤) وفي بقيّة النسخ: "الثلاث".

المرأة، وانكر[١] العبد، فالقول قول العبد، لأنها لم تجعل أمينة في الإسناد، بل هي متّهمة في الإسناد، فلايقبل قولها.

وإذا لم يقبل في إسناد الانقطاع قولها، لم يثبت الإسناد، فيثبت الانقطاع في الحال، ويعتق من حين رأت الدم، لأن تمام الثلاث ليس بشرط، بل هو مُظهر للشرط، فيظهر العتق من ذلك الوقت، بمنزلة ما لو قال لعبده: "إن كان زيد في الدار فعبدي حر"، فظهر في آخر النهار أن زيدا كان في الدار، يقع العتق من وقت التكلّم، كذلك هنا[٢].

وكذا لو علّق بحيضها طلاق امرأة أخرى، فقال: "إذا حضت فهذه المرأة طالق"، فقالت: "قد حضتُ أو رأيت الدم"، وأنكر الزوج، لم تصدّق في وقوع الطلاق على الأخرى، لما قلنا.

وإن صدّقها الزوج في رؤية الدم[٣]، منع الزوج من قربانها.

فان تمّ الدم ثلاثة أيام، بانت، وإن انقطع، لم تَبن.

فإن تزوجت غيره في الأيام الثلاثة، منع الزوج عنها أيضا حتى يظهر الأمر، فإن تمّ الدم ثلاثة أيام، صَحّ النكاح، وإن لم يتمّ بطل النكاح[٤].

فإن قال الزوج في الأيام الثلاثة: "قد انقطع الدم"، لم يُقبل قوله، إلاّ أن تُصدّقه المرأة التي رأت الدم، فيقبل قولها في الثلاث، ولايقبل قولها بعده، ولايبطل نكاح الثاني.

---

(١) وفي (ا) و (ب): "كذبه".

(٢) "كذلك هنا" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) "في روية الدم" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) "النكاح" ساقط من النسخ الأخرى.

رجل قال لامرأته وهي حائض: "إذا طهرت فعبدي حر"، فقالت بعد أيام: "طهرتُ واغتسلت"، لم يقبل قولها إذا كذّبها الزوج، لأنه أنكر شرط العتق، وإن صدّقها الزوج أو تمّت عشرة أيام وقع العتق[1].

أما إذا تمّت عشرة أيام، فلأنّا تيقنّا بالطهر، لأن الحيض لايزيد على العشرة، وأما إذا صدّقها، فلأنه أقرّ على نفسه بشرط العتق.

فرق بين هذا وبينما إذا علّق العتق بالحيض، فأقرّت برؤية الدم، وصدّقها الزوج، فإنه قال: يوقف الأمر، ولايقضي بالعتق، لأن احتمال الانقطاع ثابت، وكما أن الدم يحتمل الانقطاع، فمُعَاوَدَة الدم في العشرة محتمل أيضا، فينبغى ان يوقف الأمر[2].

والفرق بينهما[3] أن الطهر أصل[4]، فإذا أخبَرَت به، فقد أخبرت بما هو الأصل، مؤكدا بدليل شرعيّ، وهو الاغتسال، فوجب القضاء، فأما الحيض أمر عارض[5] لايتأكّد، ما لم يستمر ثلاثة أيام، فوجب التوقّف قبل التأكيد.

فإن قالت المرأة بعد ذلك في العشرة الأيام: "قد عاوَدني الدم"، وصدّقها الزوج، وكذّبها العبد، لايُقبل قولها، لأنا حكَمنا بالعتق حين أخبرت بالطهر، فلا يُقبل قولها في

(١) وفي النسخ الأخرى: "عتق".

(٢) فينبغى ان يوقف الأمر" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) "بينهما" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) لأن الطهر عبارة عن انقطاع الدم، وهو الأصل، وقد وجد حقيقة، وتأكد بالمؤكد، وهو الغسل، فيعتق في الحال، أما الحيض عبارة عن دم الرحم الممتدّ ثلاثة أيام، وإنه عارض، فما لم يمتدّ لايكون حيضا. «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ٣١.

(٥) أمر" ساقط من النسخ الأخرى.

إبطاله[١].

الفصل الثالث:

امرأة عادتها في الحيض خمسة أيام، فقال الزوج: "إن حضت هذه المرّة ستة أيام، فعبدي حر"، فقالت المرأة[٢]: "رأيتُ الدم ستة أيام"، لايُقبل قولها إذا كذّبها الزوج لما قلنا.

فرق بين هذا وبينما تقدّم، إذا قال لها: "إذا حضت فعبدي حر"، فقالت: "رأيت الدم" وصدّقها الزوج، ثم ادّعى الانقطاع قبل الثلاثة، وأنكرت المرأة، كان القول قولها.

والفرق أن ثَمّة العتق لم يتعلق برؤية الدم في اليوم الثالث، فإنكاره ذلك لايكون إنكارا لشرط العتق، فكان القول فيه[٣] قول المرأة، لأنها تُخبِر عن علم.

أما هنا: العتق تعلّق برؤية الدم في اليوم السادس، فكان إنكار الزوج رؤية الدم في اليوم السادس إنكارا لشرط العتق[٤]، فكان القول فيه قوله.

وإن قالت: "رأيت الدم ستة أيام، وأنا أرى الدم بعد"، وصدّقها الزوج، لايعتق العبد، بل يتوقّف، لأنهما تصادقا على رؤية الدم في اليوم السادس، إلاّ أن الدم في اليوم السادس محتمَل، يحتمل أن يكون حيضا إن لم يجاوِز العشرة، وإن جاوز العشرة يكون

(١) فالقول قول العبد، وعتق، لأنه زال ائتمانها، وسبب العتق ظاهر، فلايصدّقان في إبطاله. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ٣١.

(٢) "المرأة" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) "فيه" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) "العتق" ساقط من النسخ الأخرى.

استحاضة.

فإن قال الزوج بعد ما مضت العشرة: "لم ينقطع الدم حتى الساعة"، وقالت: "قد انقطع دمي في العشرة"، كان القول قوله، لأن سَيَلان الدم كان ثابتا، فلايثبت الانقطاع إلاّ بدليل، فإذا أخبَرت بعد العشرة، وهي متّهمة في الإسناد، لايقبل قولها في الإسناد، فبقي الانقطاع مقصورا على الحال.

وإن قالت في العشرة: "قد[1] انقطع دمي"، وكذّبها الزوج، كان القول قولها، وعتق العبد، لأن انقطاع الدم قبل العشرة ليس بشرط نصا، فكان القول قولها، لأنها أمينة، تخبر عن علم.

وإن قال العبد في العشرة: "انقطع دمكِ"، وأنكرت المرأة والزوج، فالقول في ذلك قول الزوج والمرأة، لأنها أمينة، وليس في قبول قولها إبطال حق العبد، لأن العتق لم يثبت، فيقبل قولها.

وإن قالت في العشرة: "انقطع دمي واغتسلت"، وكذّبها الزوج، وصدّقها العبد، ثم قالت بعد ذلك في العشرة: "قد عاوَدني الدم"، لايقبل قولها، لأن العتق ثبت بإقرارها أوّلا، فلايقبل قولها بعد ذلك في إبطال العتق.

ومن هذا الجنس: امرأة عادتها في الحيض خمسة أيام في كل شهر، فطلّقها الزوج ثلاثا في مرضه، فلما مضت خمسة أيّام من [الحيضة][2] الثالثة، مات الزوج، فقالت الورثة: قد انقطع دمكِ على رأس الخمسة قبل موت المورث، ولاميراث لكِ، وادّعت أنها

---

(١) "قد" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) ما بين المعكوفتين مثبت من (ا) و (ب)، وفي الأصل: "المرة الثالثة".

ترى الدم على حالها في اليوم السادس، كان القول قولها.

بخلاف ما تقدم إذا ادّعت رؤية الدم في اليوم السادس، وأنكر المولى لايقبل قولها، وهنا[١] يقبل قول المرأة.

والفرق أن سيلان الدم متى ثبت، فالأصل فيه الدوام[٢]، ولهذا لو رأت زيادةً على عادتها، كان المختار لها ترك الصلاة والصوم، ففيما تقدّم المرأة في دعوى السيلان، تَتَمسّك بالظاهر لإثبات العتق، فلم يَصحّ.

أما هنا: المرأة تمسكت بالظاهر لدفع الحرمان، لأن الطلاق في مرض الموت في حكم الميراث بمنزلة العدم، إلاّ إذا انقضت العدّة فيعمل الطلاق، فكانت المرأة بهذا الظاهر دافعة للحرمان، فيقبل قولها.

كما لو تَصَادقوا على الطلاق، واختلفوا في الوقت، فقالت الورثة: كان الطلاق في الصحة، وقالت المرأة: كان في مرض الموت، كان القول فيه قول المرأة[٣]، لما قلنا.

فإن صدّقها الورثة أنّها ترى الدم، فلم تقل المرأة شيئا حتى مضت العشرة، فقالت: "كنت طهرتُ في العشرة"، وقالت الورثة: "بل دام السيلان حتى جاوزت العشرة، ولاميراث لك"، كان القول قول الورثة، لأنها أخبَرت عمّا فُوّض إليها في غير وقته، فكانت متّهمة في الإسناد، فلايقبل قولها في الإسناد.

---

(١) "وهنا يقبل قول المرأة" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) أي: الأصل في الثابت هو الدوام ظاهرا، والمرأة تتمسّك بهذ الظاهر لدفع الحرمان، لأن حقها تعلّق بمال الزوج في مرضه، والظاهر يصلح حجة للدفع. «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ٣٢.

(٣) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٥٨٦.

رجل قال لامرأته: "إذا حضت فعبدي حر"، فقالت: "حضتُ الساعة"، وصدّقها الزوج، فلما مضت ثلاثة أيام قالت: "كنت طهرت من الحيضة التي قَبْلها منذ عشرة أيام، وهذا الدم دم استحاضة"، فهذه المسألة على وجهين:

إما إن قالت: حضت، أو قالت: رأيت الدم، فإن قالت: حضت الساعة، ثم قالت بعد الأيام الثلاثة، أو في الأيام الثلاثة والدم سائل: "كنت طهرتُ من الحيضة الأولى منذ عشرة أيام"، لايقبل قولها، وعتق العبد، لأن الإقرار بالحيض إقرار بتقدّم طهر كامل، فإذا ادّعت الاستحاضة لفساد الأصل، لايقبل قولها، إما لمكان التناقض، أو لوقوع العتق بحكم الظاهر.

فرق بين هذا وبينما إذا قالت: حضت، ثم قالت في الأيام الثلاثة: "انقطع دمي"، قُبل قولها، وإن ادّعت شيئا، يبطل ما قالت أوّلا.

والفرق أن قول المرأة: "حضت الساعة" عبارة عن رؤية دم يكون حيضا، ولذلك شرطان: أحدهما: تقدّم الطهر الكامل، والثاني: الاستمرار، وإنما تقف على الشرط الأوّل وقت الإقرار بالحيض، لاعلى الشرط الثاني، فكانت متناقضة في إنكار الشرط الأوّل، لا تكون مناقضة[1] في إنكار الشرط الثاني وهو الاستمرار.

وإن قالت: "رأيت الدم"، وصدّقها الزوج، ثم قالت في الأيام الثلاثة أو بعدها: "طهرت من الحيضة الأولى منذ عشرة أيام"، قُبل قولها، لأن الإقرار برؤية الدم، لايكون إقرارا بتقدّم طهر كامل، فإذا ادّعت الاستحاضة في ذلك لم تكن متناقضة، فإذا صدّقها الزوج، انتفي شرط العتق، فلايعتق.

قال: أرأيت لو قال: "إنّ امرأتي هذه ترى الدم منذ شهر يوما، ويوما لا، فهي

(١) "تكون مناقضة" ساقط من النسخ الأخرى.

مستحاضة، فإذا حاضت فعبدي حر"، ثم تصادقا بعد يوم أنها رأت الدم، وأنه لم ينقطع حتى مضت ثلاثة أيام، أكان يعتق العبد بهذا؟ لايعتق، والإقرار برؤية الدم في اليوم الثاني لايكون إقرارا بالحيض، ولايثبت التناقض بالشك، كذلك هنا.

قال:(١) ولو كان المولى هو الذي ادّعى أنها كانت طهُرت قبل هذا الدم عشرة أيام، وقالت المرأة: "طهرت منذ شهر"، كان القول قول المرأة، والعبد إذا صدّقها العبد، وعتق العبد(٢)، لأن الدم المرئي لايعرف كونه حيضا أو استحاضة إلاّ بقول المرأة، فلايقبل قول الزوج(٣) فيه، كما لو ادّعى الاستحاضة بانقطاع الدم في الأيام الثلاثة.

والمعنى ما قلنا: إنها تُخبر عن علم، والزوج يُخبر عن جَهل، فلايقبل قوله إلاّ إذا أنكر الشرط لفظا.

ثم ذكر مسائل الفرق بين التعليق والإضافة، وإنكار الشرط بعينه، منها:

رجل قال لامرأته: "إذا طلّقتك طلاق السنّة، فعبدي حر"، ثم قال لها: "أنت طالق للسنة"، فلما حاضت وطهرت، قال الزوج: "قد كنت جامعتها في الحيض"، أو "طلّقتها فيه"، وصدّقته المرأة، لايعتق العبد، ولايقع الطلاق المضاف.

وإن كذّبته [المرأة](٤)، عتق العبد، ووقع طلاق السنة، لأنها أمينة في الإخبار عن وقت طلاق السنة لمكان الحاجة، فيقبل قولها، ما لم يكن الزوج منكرا للشرط، وههنا ما

---

(١) قال ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) العبد ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) وفي بقيّة النسخ: "فلا يقبل قوله".

(٤) زيادة من النسخ الأخرى.

أنكر الشرط، وإنما ادّعى أمرا عارضا، فلايصدّق، فيقع الطلاق.

وكذا لو آلى من امرأته، ثم قال: "إذا وقع عليك طلاق الإيلاء فعبدي حر"، ثم قال بعد انقضاء المدة: "قد كنت جامعتها في المدّة"، وكذّبته المرأة، بانت بالإيلاء، ويقع العتق.

وكذا لو قال لامرأته: "إذا طلّقتك فعبدي حر"، ثم قال لها: "أمرك بيدك"، فاختارت نفسها في مجلسها، ثم قال الزوج: "قد كنت أخذت في عمل آخر قبل الاختيار"، وأنكرت المرأة، كان القول قولها، ويقع الطلاق والعتاق، لأنه ما أنكر الشرط، بل ادّعى إبطال التمليك، فلايقبل قوله، لما فيه من إبطال الطلاق والعتاق بعد وجوب سبب الوقوع.

ولو قال الزوج في مسألة الإيلاء: إن لم أقربك في الأربعة الأشهر، فجاريتي حرّة، أو قال في مسألة الأمر: جاريتي حرّة إن كنت اخترت نفسك، إلاّ بعد الاشتغال بعمل آخر، كان القول قول الزوج[1] في عتق الجارية، لأنه منكر للشرط، فلاتعتق الجارية، ولايقبل قوله في حق[2] الطلاق، حتى يقع الطلاق بحكم التفويض.

وكذا رجل باع عبدَه على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم قال المشتري: "إن تمّ هذا البيع بيني وبينك فعبدي حر"، فمضت مدة الخيار، ثم اختلفا، فقال البائع: "قد كنتُ نقضتُ البيع في المدة"، وكذّبه المشتري، كان القول قول المشتري، وتمّ البيع، وعتق العبد، لأنه وجد ما يتمّ به البيع، وهو مضيّ مدة الخيار[3]، والبائع يدّعي أمرا حادثا لايملك إنشاءه

(١) "الزوج" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "حق" ساقط من النسخ الأخرى

(٣) كذا في الأصل. وفي النسخ الأخرى: "مضي المدة".

لإبطال ذلك البيع ، فلا يصدق .

ولو قال البائع : " إن لم أنقض هذا البيع فعبدي حر " ، ثم قال بعد مضيّ مدة الخيار[1]: " قد كنت نقضت البيع في الأيام الثلاثة " ، وأنكرَ المشتري ، فالقول قول المشتري في عدم انتقاض البيع ، ويكون القول قول البائع في إنكار شرط العتق ، فلايعتق العبد[2] .

بيّن بهذه المسائل ، أنه متى ادّعى زيادة أمرٍ لم يجعله شرطا ، لا يُقبل قوله وإن كان الحكم يتغير بالزيادة ، و[متى][3] أنكر الشرط كان القول قوله في نفي الحكم المتعلق به .

ـ والله أعلم بالصواب ـ

(١) وفي النسخ الأخرى: "مضي المدة" ، بسقوط "الخيار" .

(٢) "العبد" ساقط من (ج) و (د).

(٣) كذا في النسخ الأخرى، وهو الصواب، وفي الأصل: "من أنكر الشرط" .

باب تزويج المرأة على المرأة أو قبلها أو بعدها أو معها

بنى الباب على أصول:

منها: أنّ الطلاق لايصح إلاّ في الملك، أو مضافا إلى سبب الملك(١).

والثاني: أنّ المعلّق بشرط موصوف لايوجد بدونه(٢).

---

(١) فصّل المرغيناني هذا بالتوجيه والتعليل فقال: لا تصح اضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكا أو يُضيفه إلى ملك، لأن الجزاء لابدّ أن يكون ظاهرا، ليكون مخيفا، فيتحقق معني اليمين، وهو القوة والظهور بأحد هذين. والإضافة إلى سبب الملك بمنزلة الإضافة إليه، لانه ظاهر عند سببه. وذكر الكاساني في شروط الطلاق أنه لايصحّ الطلاق إلا في الملك، أو في علقة من علائق الملك، وهي عدة الطلاق، أو مضافا إلى الملك.

قوله: "الإضافة إلى سبب الملك" يعني: التزوج، لأنه حمل الكلام على الصحة أولى من إلغائه، فيكون قد ذكر السبب وأراد به المسبب. فتقدير قوله: "إن تزوجتك فأنت طالق" إن ملكتك بالتزوج. يرجع للتفصيل: «الهداية» و«فتح القدير» ٣/ ١٣١، «بدائع الصنائع» ٣/ ١٢٦، «تحفة الفقهاء» ٢/ ١٩٦.

(٢) هذا مثل قاعدة: «المعلق بالشرط معدوم قبل الشرط»، ذكرها المفتي عميم الإحسان عن «شرح السير الكبير» انظر «مجموعة قواعد الفقه» ص١٢٦. وجاء في «المجلة»: "المعلق بالشرط يجب ثبوته، ويكون معدوما قبل ثبوت شرطه". المادة: ٨٢، لأنه لو ثبت الشئ قبل وجود الشرط، لاستوجب ذلك وجود المشروط بدون الشرط، وذلك محال.

أما تعريف "المعلق": فهو اسم مفعول من التعليق، وهو ربط حصول مضمون جملة بحصول

والثالث: أن كلمة "قَبل" للتقدم، و"قُبَيل" لتقريب التقدم، و"بعد" للتأخّر، و"مَع" للقران، و"على" قد يستعمل للحال[1].

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل قال: "إن تزوّجتُ زينبَ بعد عَمْرَة فهما طالقان"، فتزوجهما كما قال، طلّقتا[2].

أما زينب فلأنه علّق طلاقها بنكاحها بعد عَمرة، وقد وجد، وأما عمرة فلانه علّق طلاقها بنكاحها ونكاحِ زينب بعدها، لأنه صرّح بتأخّر نكاح زينب، وتأخّر نكاحِ زينب لايتصوّر بدون نكاح عَمرة، فصار نكاح عمرة شرطا مذكورا ضرورة، وإذا صار مذكورا، صار كأنه قال: "إن تزوجت عَمرة ثم تزوجت زينب فهما طالقان"، فيقع الطلاق عليهما.

وكذا لو قال: "إن تزوّجت زينب مع عَمرة"، فتزوجهما معا، طلّقتا[3]، لأن [كلمة][4] "مع" للقران، والقران لايكون إلا بين الموجودين، فصار نكاح عمرة مذكورا ضرورة.

ولو قال: إن تزوّجت زينب قبل عَمرة، فهما طالقان، فتزوج زينبَ، طلّقت، ولايتوقف وقوع الطلاق على نكاح عَمرة[5]، لأن شرط طلاق زينب، تزوّج زينب بصفة

مضمون جملة أخرى، فإحداهما تسمّى "الشرط"، والثانية تسمى "الجزاء". راجع للتفصيل «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١/ ٧٢.

(١) انظر «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٥، ٢٢٦.

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١١.

(٣) «الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن «الكافي» ٣/ ٤١١.

(٤) ما بين المعكوفتين: زيادة من (ا) و(ب).

(٥) انظر «الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن «الكافي» ٣/ ٤١١.

القَبلية، وليس من ضرورة القبلية وجود ما بعده(١).

قال الله تعالى: ﴿فتحريرُ رقَبة من قَبلِ أن يتَماسّا﴾(٢). ثم لايتوقف جواز التكفير بالصوم(٣) على وجود المَسيس بعده.

وقال الله تعالى: ﴿آمنوا بما نَزّلنا مُصدِّقا لما مَعكم من قَبْلِ أن نَطمِسَ وُجُوها﴾(٤) ولايتوقف صحة الإيمان على وجود الطّمس بعده..

ولهذا لو قال لامرأته: "أنتِ طالق قبل قدوم فلان"، يقع الطلاق للحال(٥).

فإن تزوج عَمرة بعدها لم تطلّق(٦)، لأنه لم يذكر نكاح عَمرة، لاصريحا ولاضرورة، فصار كما لو قال: "إن تزوجت زينب فهما طالقان"، فلايقع الطلاق على عَمرة.

ولو قال: "إن تزوجت زينب قبل عَمرة بشهر، فهما طالقان"، فتزوج زينبَ، لم تطلّق في الحال، لأن الشرط هو التقدّم بشهر، والتقدم بشهر لايُعرف إلاّ بوجود الآخر،

(١) صرّح به أبو البقاء الكفوي في كتابه الشهير بقوله: "القَبلية المطلقة لاتتوقف على وجود ما بعدها"، انظر «الكليات» ص ٧٣٦.

(٢) سورة المجادلة، الآية: ٣.

(٣) "بالصوم" ساقط من النسخ الأخرى

(٤) سورة النساء، الآية: ٤٧.

(٥) «المبسوط» ٦/ ١٢٠، «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٥.

(٦) انظر «الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن «الكافي» ٣/ ٤١١.

فإنه لو تزوج الأخرى بعد[١] عشرة أيام أو لأكثرَ من شهر، لايوجد تلك القَبلية، فيتوقّف على نكاح الأخرى.

كما لو قال لامرأته[٢]: "أنت طالق إن دخلت الدار قبل قدوم فلان بشهر"، لايقع الطلاق[٣] ما لم يقدم فلان بعد الدخول[٤] من غير زيادة ولانقصان.

فإن تزوج عَمرة بعد زينب بشهر، طلّقت زينب لوجود الشرط، ولاتطلّق عَمرة، لأنه علّق طلاقها بنكاح زينب قبل عمرة بشهر، لابنكاح عمرة، إلاّ أن ما هو[٥] الشرط لايعرف إلاّ بنكاح عمرة، فكان نكاح عَمرة معرفا، والحكم لايتأخّر عن المعرّف بل يقارنه، فيصير قائلا حال نكاح عمرة: "أنتما طالقان"، فيقع الطلاق[٦] على زينب، ولايقع على عمرة.

كما لو قال لامرأته: "أنت طالق مع نكاحك"، فتزوجها، لايقع الطلاق بخلاف الفصل الأول، لأن القَبلية المطلّقة[٧] لاتقتضي وجود ما بعده[٨].

(١) "وفي (ا): "بعده بعشرة أيام".

(٢) "لأمرأته" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) "الطلاق" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) زاد في (ا) و (ب): "بشهر".

(٥) وفي (ا) و (ب): "إلا أن الشرط".

(٦) "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٧) "المطلقة" ساقط من (ا) و (ب).

(٨) يقول أبو البقاء في «الكليات»: القَبلية المطلقة لاتتوقف على وجود ما بعدها، حتى لو قال: "أنت طالق قبل أن تدخلي الدار"، تنجز الطلاق، دليله قوله تعالى: "فتحرير رقبةٍ من قبلِ أن يَتماسّا"

ولو قال: إن تزوجت زينبَ قُبَيل عَمرة فهما طالقان، لايقع الطلاق حتى يتزوج عمرة بعدها بلافصل[١]، لأن "قُبيل" يراد به القبلية القريبة، بخلاف "قَبل"، ولهذا يقال: "هذا اليوم قَبل يوم القيامة"، ولايقال: "قُبيل يوم القيامة"، فيقتضي وجود الثاني على وجود الأول متصلا به[٢]، حتى لو تزوج الأخرى بعد زمان لايقع الطلاق.

وإن تزوج الأخرى بعد الأولى متصلا به، يقع الطلاق[٣] على الأولى، لوجود شرطه، ولايقع على الأخرى، لأنه علّق طلاقها بنكاح زينب بصفة مخصوصة[٤] لايعرف تلك الصفة إلاّ بنكاح عَمرة، فكان نكاح عمرة معرفا للشرط، فيصير قائلاحال نكاح عمرة: "أنتما طالقان"، فيقع الطلاق[٥] على زينب، لأنها في نكاحه، ولايقع على عمرة، لما قلنا.

ولو قال: "إن تزوجت زينب على عَمرة، فهما طالقان"، فتزوج عمرة ثم زينب، طلّقتا حين تزوج زينب[٦]، لأن "على" تُذكر للحال، ههنا[٧] قال عليه الصلاة والسلام:

فإنه لايتوقف وقوع التحرير تكفيرا على وجود المماسّة. «الكليات»، مادة: "قبل"، ص ٧٣٦.

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن «الكافي» ٣/ ٤١١.

(٢) قال أبو البقاء في بيان قوله: "أنت طالق قُبيل أن أقربك"، حيث يتعلّق الطلاق بالقربان، لأن "قُبيل" مصغّرا اسم لساعة لطيفة تتصل بالقربان، ولاتعرف إلا باتصاله بذلك الفعل. انظر «الكليات» ص ٧٣٦.

(٣) "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) في (ا) و (ب): "معروفة" بدل "مخصوصة" وما ثبت هو الصحيح.

(٥) "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٦) «الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن «الكافي» ٣/ ٤١١.

«لاتنكح الأمَة على الحرّة»[1] يعنى: لاتنكح الأمة[2] حال قيام نكاح الحرة.

ولو صرّح وقال: "إن تزوجت زينب وعمرة في نكاحي فهما طالقان"، فوجد الشرط، طلِّقتا، لأنه يصير قائلاعند تزوّج زينب: "أنتما طالقان".

ـ والله أعلم ـ

(٧) "هيهنا" ساقط من النسخ الأخرى.

(١) أخرج الدارقطني في الطلاق من حديث مظاهر بن أسلم عن القاسم بن محمد عن عائشة، قالت: قال رسول ﷺ: «طلاق العبد اثنتان، ولاتحلّ له حتى تنكح زوجا غيره، وقرء الأمة حيضتان، ويتزوج الحرة على الأمة، ولايتزوج الأمة على الحرة»، وفي إسناده مظاهر بن أسلم، وهو ضعيف. «سنن الدارقطني» ٤/ ٣٩.

ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن الحسن مرسلا قال: «نهى رسول ﷺ أن ينكح الأمة على الحرة» كما أخرجه البيهقي عن الحسن مرسلا، ٧/ ١٧٥.

وأخرج عبد الرزاق عن جابر بن عبد الله موقوفا، يقول: «لاتنكح الأمة على الحرة، وتنكح الحرة على الأمة» أخرجه البيهقي أيضا عن جابر موقوفا، وصحّح إسناده. ٧/ ١٧٥. كما أخرجه ابن أبي شيبة عن عليّ وابن مسعود وسعيد بن المسيب نحوه. انظر: «نصب الراية» للزيلعي ٣/ ١٧٥.

(٢) زاد هنا في (ا): "على الحرة".

باب ما يطلق الرجل من نسائه بغير عينها، ثم بيّن في المرض ترث أو لاترث، وما يستدل عليه بوضع الحمل

بنى الباب على أصول:

منها: أن إيقاع الطلاق والعتاق يَصحّ مع الجَهالة[1]، ويرجع في البيان إليه، والبيان فيه[2] إنشاء من وجه، إظهار من وجه، على حسب ما يقتضيه الدليل[3].

والثاني: أن إيقاع الطلاق في مرَض الموت يلحق بالعدم في حكم الميراث[4]،

---

(١) قد سبق ما قرّره قاضي خان ضابطا في هذا: إن الطلاق والعتاق كما يصحّ في المعلوم يصح في المجهول. راجع ص ١/ ٢٩٤.

(٢) "فيه" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) سبق شرح هذا مفصلا من الشارح في ص ١/ ٢٩٤.

(٤) قوله: "يلحق بالعدم في حكم الميراث" أحسن الشارح بتقييده في حق الميراث فقط، فإن طلاق "المريض" يوافق طلاق "الصحيح" في وقوع الطلاق على الزوجة، وبينونتها من الزوج من وقت صدور لفظ الطلاق البائن، ويخالف طلاق "الصحيح" في أن زوجته ترثه، بخلاف "الصحيح" لو أبان زوجته، ثم مات في عدتها، لم ترثه.

فوقوع الطلاق من المريض لأنه صدر من أهله، ولقي محلا قابلا لإيقاعه، إذ لايشترط في وقوع الطلاق صحة الزوج، بل الصحيح والمريض في ذلك سواء، أما كونها ترث منه رغم أنه قد أبانها، فلأنه لما طلقها في مرضه الذي يغلب فيه هلاكه، اعتبر فارّا من أن ترثه الميراث الذي فرضه الله لها

وتعيين المبهَم فيه بمنزلة الإنشاء.

والثالث: أنّ الوطء في الطلاق المبهم بيان[1] عند الكل، وفي العتاق المبهم ليس ببيان في قول أبي حنيفة، خلافا لصاحبيه، و الإعلاق[2] بيان عند الكل.[3]

والرابع: أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وأكثره سنتان عندنا[4].

إذا عرفنا هذا [5] قال محمد رحمه الله: رجل قال في صحّته لإمرأتين له، وقد دخل بهما: إحداكما طالق ثلاثا، ثم قال في مرض موته، لواحدة بعينها: إيّاها عَنَيت، أو قال: لم أعْنِ واحدة منهما، ولكن أوقِع الطلاقَ على هذه، ثم مات قبل انقضاء عدة

من التركة، فعومل بنقيض قصده السيء بإثبات حقها في الإرث. يقول السرخسي بعد أن دعم المسألة بعدة آثار من الصحابة، رضوان الله عليهم: إنه قصد إبطال حقها عن الميراث بقوله، فيردّ عليه قصده، كما لو وهب جميع ماله من إنسان، لأن بمرض الموت تعلق حق الورثة بماله. راجع: «المبسوط» ٦/ ١٥٥. «فتح القدير» ٣/ ١٥٠، «الفتاوى الهندية» ١/ ٣٥٢.

(١) أي: بيان للطلاق في الأخرى. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ٣٢.

(٢) علقت المرأة بالولد، عَلَقاً، حَبِلت، والمصدر: العلوق. «القاموس المحيط» ص١١٧٥، «المصباح المنير» ص٤٢٥.

(٣) كذا في الأصل، لكن وردت هذه الفقرة في النسخ الأخرى بأسلوب مختلف، ففيها: "إن الوطء في العتق المبهم ليس ببيان عند أبي حنيفة، خلافا لصاحبيه، و الإعلاق بيان عند الكل، وفي الطلاق المبهم بيان عند الكل".

(٤) يرجع للتفصيل إلى: «الهداية» و «فتح القدير» ٣/ ٣٠٨، «الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٧٧.

(٥) زاد في الأصل هنا "هذه الجملة"، دون النسخ الأخرى، وبما أنه خلاف النهج المألوف فلم نثبته.

المطلقة، كان نصف الميراث للمطلقة، والنصف للأخرى، لأنه بيّن الطلاق فيها بعد ما تعلّق حقها بماله[1].

ألاترى أنه لو لم يبيّن كان الميراث بينهما، فكان البيان إبطالا لحقها بعد ما تعلّق حقها بماله، فيجعل قاصدا إبطال حقها بالتعيين، فيردّ عليه قصده كما لو أنشأ[2].

فرّق بين هذا وبينما لو قال لعبدين له في صحته: أحدكما حر. وقيمة أحدهما ألف، وقيمة الآخر مائة. ثم مرض مرض الموت، فبيّن العتق في الذي قيمته ألف، فإنه يعتق من جميع المال، ولايجعل البيان بمنزلة الإنشاء.

والفرق: أنّ الطلاق المبهَم واقع في حق الموقِع، لأنه لاجهالة في حقه، إنما الجهالة في المحل، وإنما لايصحّ بيانه في الطلاق المبهم[3]، صيانةً لحق المرأة في الميراث.

وهنا ليس في إبطال البيان صيانة حق الورثة فيما زاد على الثلث، فإنه لو لم يبيّن حتى مات، يعتق من كل واحد منهما نصفه، وقيمة ذلك خمس مائه[4] وخمسون، وهو أكثر من الثلث.

ولأن البيان في كثير القيمة إنما لايصح في المرض لتعلق حق الورثة، وكل واحد من العبدين متردّد بين أن يعتق وبين أن لايعتق، فكان بمنزلة المكاتب، فلا يتعلق به حق الورثة.

---

(١) سقطت العبارة من بداية الفقرة إلى هنا من النسخ الأخرى.

(٢) ذكره ابن الهمام وقال: لأنه بيّن الطلاق فيها بعد تعلقها بماله، فيردّ عليه قصده، كما لو أنشأ، فجعل إنشاءً في حق الإرث للتهمة. «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٣) "المبهم" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) "خمس مائه" ساقط من النسخ الأخرى.

فإن كانت له امرأة أخرى سواهما. كان لها النصف، والنصف بين هاتين، لأن الطلاق واقع على إحداهما قطعا، فلايزاحم الثالثة إلاّ واحدة، فكان لها النصف، والنصف الآخر بينهما لاستواءهما في الاستحقاق[1].

ولو لم يُبيّن الطلاق حتى ماتت إحداهما وهو مريض، وقع الطلاق على الأخرى، ولاترث[2].

أما وقوع الطلاق: لأن الطلاق كان بينهما، فإذا زالت مزاحمة[3] إحداهما تعيّنت الأخرى.

وأما حِرمان الميراث، لأنها تعيّنت للطلاق بسبب لاتهمة فيه[4]، كما لو علّق الطلاق في صحته بمجيئ رأس الشهر، فجاء رأس الشهر وهو مريض، يقع الطلاق، ولاترث، كذلك هنا.

أما في الفصل الأوّل تعينت للطلاق بفعله، فكان[5] لها الميراث، كما لو علّق الطلاق في صحته بفعل نفسه، ثم باشَرَ الشرط في المرض[6].

---

(١) انظر «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٢) المصدر السابق.

(٣) "مزاحمة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) علّله ابن الهمام بأنه بيان حكمي، فانتفت التهمة عنه. «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٥) وفي (ا) و (ب): "فصار كما لو علق الطلاق".

(٦) «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

ولو بيّن الطلاق في إحداهما في مرضه، ثم ماتت إحداهما، ثم مات الزوج قبل انقضاء عدة المطلقة، فإن ماتَت التي عيّنها للطلاق، كان جميع الميراث للباقية، لأن التعيين دون الإنشاء[1].

ولو أنشأ الطلاق في المرض، ثم ماتت المطلقة، كان جميع الميراث للأخرى، لانتفاء التهمة والمزاحم[2]، كذلك هنا.

فإن قيل: وجب أن لاترِث الباقية، لأنه حين بيّن في المرض، لم يَصحّ بيانه، والتَحَق بالعدم، ولو لم يبيّن حتى ماتت إحداهما، لاترث الأخرى.

قلنا: إنما لايصح بيانه في حق الميراث، صيانةً لحقها، إذا أمكن إبقاء حقها في الميراث، وبعد ما ماتت تعذّر إبقاء حقها في الميراث، فيصح البيان من كل وجه، كما لو أوقع الطلاق في المرض، ومات الزوج بعد انقضاء عدة المطلقة.

هذا إذا ماتت المعيّنة، وإن ماتت الأخرى، كان للمطلقة نصف ميراث النساء، ويُردّ النصف على الورثة، لأنا إنما أبطلنا البيان صيانةً لحقها الثابت من حيث الظاهر، وحقها الثابت من حيث الظاهر وقتَ البيان كان في النصف، فلايزاد عليه[3].

فإن قيل: وجب أن لاترِث الباقية، لأن البيان إذا لم يَصحّ في حق الميراث، التحق

---

(١) فلا ترث منه إذا ماتت التي بيّن طلاقها قبل موته، وصحّ البيان فيها لانتفاء التهمة عن بيانه بخروجها عن أهلية الإرث بالموت. «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٢) «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٣) قال ابن الهمام: وهذا لأنه منكوحة من وجه دون وجه، فلا تستحق إلا النصف. انظر «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

بالعدم، ولو انعدم البيان[1] حتى ماتت إحداهما، لاترث الباقية، فإذا ماتت الأخرى، وبقيت المعينة، أولى أن لاترث.

قلنا: البيان صَحّ في حق إزالة النكاح، ووقع الطلاق عليها على وجه لايعمل في إبطال حقها في الميراث، فلايتعيّن، بخلاف ما إذا لم يبين حتى ماتت إحداهما، لأن ثَمّة وقع الطلاق على الباقية طلاقا يُزيل ملك النكاح من كل وجه.

هذا كالمريض إذا طلّق امرأته ثلاثا، ثم طاوَعت أمر زوجها، ثم مات الزوج قبل انقضاء العدة، ترث، ولايبطل حقها في الميراث. ولو وجدت المطاَوعة قبل الطلاق، يبطل حقها في الميراث.

فإن كانت له امرأة أخرى، كان للمعينة ربع الميراث، وثلاثة الأرباع للأخرى، لما قلنا إنّا أبطلنا البيان صيانةً لحقها الثابت[2] وقت البيان، ووقت البيان كان حقّها في الربع، فكان للمعينة ربع الميراث، وثلاثة الأرباع للأخرى[3].

وإن ماتت المعينة، وبقيت صاحبتها، كان الميراث بين صاحبتها المعينة[4] وبين التي لم تدخل في الطلاق المبهم[5] نصفين[6].

---

(١) "البيان" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "الثابت" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٤) "المعينة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٥) "المبهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٦) «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

رجل قال لامرأتين له، وقد دخل بهما: إحداكما طالق ثلاثا، ولم يبيّن حتى جاءت إحداهما بولد لأكثرَ من ستة أشهر، ولأقلّ من سنتين من وقت الطلاق. فالطلاق على حاله، يوقعه علَى أيّتهما شاء، لأن الولد يحتمل أن يكون من عُلوق قبل الطلاق، فلايكون بيانا بالشك[1]، كالمطلقة الرجعية إذا ولدت لأقل من سنتين من وقت الطلاق، لايكون رجعة.

فإن قيل: العُلوق حادث، فيُضاف إلى أقرب الأوقات[2] إذا كان الوطء مباحا، وأقرب الأوقات ما بعد الطلاق، فوَجب أن يكون بَياناً، ويثبت به الرجعة.

كمسلم تحته كتابية، فأسلَمت، ثم جاءت بولد[3] لأكثر من ستة أشهر، ولأقل من سنتين من [وقت][4] الإسلام، فنَفَاه، لاعَنَ القاضي بينهما، ويقطع [نسب][5] الولد،

---

(١) إذ لايقع الطلاق بالشك، ويثبت النسب لاحتمال العلوق قبل الطلاق. «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٢) إشارة إلى قاعدة معروفة وردت في المجلة: «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته» مادة: ١١، وقد ترددت هذه القاعدة على ألسنة الفقهاء في بيان التعليل والتوجيه بالصيغة المذكورة، لكن أفصح صيغة لها وأدقّ ما عبّر بها قاضي خان في موضع آخر من هذا الشرح: «الحادث يُحال بحدوثه إلى أقرب الأوقات» ص . . . وقد خرّج الفقهاء عليها مسائل كثيرة وأحكاما قضائية لحسم النزاع، راجع للتفصيل: «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ٧١، «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص ٥٩، «المنثور في القواعد» للزركشي ١/ ١٧٤، «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١/ ٢٥.

(٣) وفي النسخ الأخرى: "ولدت" مكان "جاءت بولد".

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

وإن احتمل العلوق قبل الإسلام، ولو اعتبرنا هذا الاحتمال، لايجرى اللعان[1] بينهما، كما لو جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإسلام، فإنه لا يجري اللعان بينهما.[2]

وكذلك حرّ تحته أمة أعتقها مولاها، فولَدَت لأكثر من ستة أشهر، ولأقل من سنتين من وقت الإعتاق، فنفاه الزوج، لاعَنَ القاضي بينهما، ويقطع النسب، ولو لم يجعل، كأنّ هذا الولد حصل من علوق بعد الحرية، لَمَا جرى اللعان بينهما، لأن اللعان لايجري بين المسلم والذمّيّة، والحرّ والأمَة[3]، لأنه قام مقام حدّ القذف في جانب الزوج، وإحصان

---

(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

(١) اللعان: لغة من اللعن، وهو الطرد والإبعاد. وهو مصدر لاعَنَ، يلاعن ملاعنة ولعانا، وتلاعَنوا: لعن كل واحد الآخرَ. وسمّيت الملاعنة بين الزوجين بذلك. لبُعدهما من الرحمة، أو لبعد كل منهما عن الآخر، وشرعا: عرّفه المرغيناني بأنه: "شهادات مؤكّدات بالأيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها"، وسببه: قذف الرجل امرأته قذفا يوجب الحد في الأجنبي. انظر: «الهداية» ٢/ ٢٣، «بدائع الصنائع»٣/ ٢٤١، «المصباح المنير» ص٥٥٤.

(٢) من قوله: "كما لو جاءت" إلى آخر الفقرة ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) لانعدام أهلية الشهادة، فإن اللعان عند الحنفية شهادات مؤكّدة بالأيمان، واستدلّوا في هذه المسألة بما رواه ابن ماجة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي ﷺ قال: «أربعٌ من النساء، لا ملاعَنةَ بينهن: النصرانية تحتَ المسلم، واليهودية تحت المسلم، والحرّة تحت المملوك، والمملوكة تحت الحرّ». أخرجه ابن ماجة في الطلاق، باب اللعان، الحديث: ٢٠٧١. وأخرجه الدارقطني في «سننه» عن عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي عن عمرو بن شعيب به، في كتاب الحدود، ٢/

المقذوف[1] شرط لوجوب الحد على القاذف:

والجواب عنه أن نقول: لو جعلنا هذا الولد بيانا، يقع الطلاق على الأخرى بالشك، والشك لايصلح دليلا، فيكون إيقاعا بغير دليل، فلايجعل الولد من علوق بعد الطلاق من غير ضرورة.

ألاترى [أنه][2] لو قال لامرأته: إذا حبلت فأنت طالق، فولدت لأقل من سنتين من وقت اليمين، لايقع الطلاق، ولايحال العلوق إلى أقرب الأوقات.

وفيما ذكر من المسألتين لم يجعل الولد من علوق بعد الحرية والإسلام، وإنما جرَى اللعان بينهما[3]، لأن سبب اللعان قَذْف الزوجة المحصَنة[4]، وحين نفى ولدَها هي

٣: ٥٦. وتكلّم المحدثون في سنده وضعّفوا بعض رواته، لكن ذهب بعضهم إلى تقوية الرواة، وللحديث متابعات وقد رواه الثقات موقوفا، قال ابن الهمام: إن الضعيف إذا تعدّدت طرقه كان حجة. وهذا كذلك، خصوصا وقد اعتضد برواية الإمامين إياه موقوفا (الأوزاعي وابن جريج) على جد عمرو بن شعيب على أن معنى الحديث المذكور مما يدل عليه آية اللعان على التقرير الذي ذكرناه من أنه شهادات. انظر: «فتح القدير» ٣/ ٢٥٢، «نصب الراية» للزيلعي ٣/ ٢٤٨، «إعلاء السنن» ١١/ ٢٢٨.

(١) ذكر الكاساني شرطين للمقذوف، إحداهما أن يكون محصنا رجلا كان أو امرأة، وشرائط إحصان القذف خمسة: العقل، والبلوغ، والحرية، والإسلام، والعفّة عن الزنا. راجع للتفصيل: «بدائع الصنائع» ٧/ ٤٠، «تحفة الفقهاء» ٢/ ٢١٩، «المبسوط» ٧/ ٤٠، «فتح القدير» ٣/ ٢٥٢.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

(٣) "بينهما" ساقط من (ا) و (ب).

مُحصَنة.

[ألا ترى](1) أن نفيَ الولد لـمّا كان نفيا للعلوق منه، يصير قاذفا وقتَ العلوق من وجه، فيصير ذلك بمنزلة الشبهة. فإذا تَيَقّنا بعدمِ الإحصان وقت العلوق، تيقنّا بالشبهة، وإذا وقع الشك في ذلك، كان الثابت شُبهة الشبهة، وشبهة الشبهة لاتعتبر. وإذا لم يكن الولد بيانا، بقي الطلاق على حاله.

فإن نفى الولدَ، سأله القاضي عن النية، فإن قال: عنَيت الإيقاع على التي لم تلد، وقع عليها، ويُلاعِن بينه وبين التي وَلَدت، لأنه نفى ولد المنكوحة، فيلاعن بينهما، ويلحق الولد بأمه(2).

وإن قال: عنَيت الوالدة، تعيّنت للطلاق من وقت الإيقاع، وصارت أجنبية وقتَ النفي، وقذف الأجنبية يوجب الحدّ، فيلزمه الحد، وبقي الولَد ولدُه، لأن نسب الولد [المولود](3) على فراشه لايقطع إلاّ باللعان(4)، ولم يجرِ اللعان بينهما(5).

---

(٤) سبب وجوب اللعان بين الزوجين هو القذف الصحيح الموجِب للحد في حق الأجنبي عند وجود شرائطه. انظر «تحفة الفقهاء» ٢/ ٢١٨.

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبت من النسخ الأخرى. وثبوته هو الصواب.

(٢) أي: يقطع نسب الولد منه ويلحقه بالأم، لأنه قذف منكوحته. انظر «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

(٤) انظر «فتح القدير» ٣/ ١٥٩، وقال الكاساني: النسب الثابت بالنكاح لاينقطع إلا باللعان. «بدائع الصنائع» ٣/ ٢٤٦.

(٥) "بينهما" ساقط من (ا) و (ب).

ولو قال: لم أنوِ واحدةً منهما بعينها عند الإيقاع، ولكني أوقِع الطلاق على التي ولدت، لا يلزمه حدّ ولا لعان، والولد ولده[1].

أما لايجرى اللعان بينهما، لأن شرط جرَيان اللعان[2] قيام الزوجة، وقد بانَت منه قبل اللعان، ولايلزَمه الحدّ، لأن هذا القذف انعقد موجبا لللعان[3]، فلايتغيّر بعد ذلك، كما لو قذَف المرأةَ، ثم طلّقها ثلاثا. والولد ولده، لأنه وُلد على فراشه، فلاينقطع نسبه إلاّ باللعان، ولم يوجد[4] لما قلنا.

ولو ولدت لأكثرَ من سنتين من وقت الطلاق، تعيّنت الأخرى للطلاق[5]، لأن هذا الولد حصل من علوقٍ بعد الطلاق، فيكون بيانا، وتعيّنت التي ولدت منكوحة[6].

فإن نفى الولَدَ، لاعَنَ القاضي بينهما لوجود سببه، وهو قذف المنكوحة، ولايقطع نسب الولد، لأن حكم الشرع بكَون الولد بيانا للطلاق حكم بكَون الولدِ منه[7]، والنسب

(١) «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٢) جريان اللعان" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) لأنه قذف منكوحته والطلاق يقع وقت التعيين. «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٤) من قوله: "لأنه ولد على فراشه" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) قال ابن الهمام: تعيّنت الأخرى للطلاق، لتيقّننا بالوطء بعد الطلاق، وحكم الشرع بثبوت النسب منه حكم بكون الوطء منه ضرورة. واالوطء بعد الطلاق المبهم بيان إجماعا. «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٦) ذكر ابن نجيم هذه المسألة نقلا عن الزيادات، انظر «البحر الرائق» ٤/ ١٢٨.

(٧) لأن حكم الشرع بالعلوق منه مانع من قطع النسب عنه. انظر «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

متى صار محكوما به، لاينقطع باللعان[1].

ولو أقرّ الزوج بالولد ثم نفاه، يلاعن بينهما ولايقطع النسب[2].

وكذا ذكر في المعاقل[3]: امرأة ولَدت ولدا، فَانْقَلَب هذا الولد على رضيعٍ، فمات الرضيع، وقضى بالدية على عاقلة أبيه، ثم نفى الأب نسَبَه، لاعَنَ القاضي بينهما،

---

(١) ذكره الكاساني في ضابط بقوله: "النسب المقرّ به لايحتمل الرجوع عنه"، وقال في موضع آخر: "النسب المحكوم بثبوته لايحتمل النفي باللعان كالنسب المقرّ به"، وقال السرخسي: "ذكر عن شُريح رحمه الله أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إليه: إذا أقرّ الرجل بولده، لم يكن له أن ينفيه، وهكذا عن عليّ رضي الله عنه، وبقولهما نأخذ.. لأن النسب لايحتمل النقض والنسخ، ولايتصوّر تحويله من شخص إلى آخر، وبإقراره ثبت منه لكون الإقرار حجة عليه"، وقال في موضع آخر: النسب بعد ما صار محكوما به لايحتمل القطع. انظر: «المبسوط» ١٧/ ٩٨ و ١٥٧، «بدائع الصنائع» ٣/ ٢٤٧، ٢٤٨، «البحر الرائق» و حاشيته «منحة الخالق» لابن عابدين ٤/ ١٢٨.

(٢) كذا ذكره في «الجامع الصغير»، لأن النسب بالنكاح القائم، واللعان إنما يجب بالقذف. انظر «الجامع الصغير» ص ٢٣٥. و قال الكاساني: مَن أقرّ بنسب ولد، ثم نفاه، يلاعن وإن كان لاينقطع نسبه، لأن قطع النسب ليس من لوازم اللعان، بل ينفصل عنه في الجملة، ألا ترى أنه شرع في المقذوفة بغير ولد. «بدائع الصنائع» ٣/ ٢٤٧. وقال في كتاب الدعوى، فصل صفة النسب الثابت: النسب بعد الإقرار به لايحتمل النفي، لأن النفي يكون إنكارا بعد الإقرار فلايسمع. «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٥٥.

(٣) أي: "كتاب المعاقل" من «الأصل» انظر: «كتاب الأصل» للشيباني ٤/ ٦٧٠، كتاب العقل، باب من الولاء المنتقل والعقل معه أو ينتقل الولاء ويبقى العقل لاينتقل معه.

ولايقطع نسب الولد عنه[1]، لأنه لما قضى بالدّية على عاقلة الأب، فقد قضى بكون الولد منه، فلاينقطع نسبه بعد ذلك[2].

وحكي أن عيسى بن أبّان[3] كتَب إلى محمد رحمهما الله حين كان بالرَّقَّة[4]،

(١) وجاء في (ا) و (ب): "ولايقطع الولد منه"، وما ثبت أولى.

(٢) وذكره ابن نجيم في «البحر الرائق» في سياق بيان الفرق بين هذه المسائل فليراجع. ٤/ ١٢٨.

(٣) هو الإمام عيسى بن أبّان بن صَدَقة، القاضي، أبو موسى، تفقّه على محمد بن الحسن، وتفقه عليه أبو خازم القاضي عبد المجيد أستاذ الطحاوي، وقال هلال بن يحي: ما في الإسلام قاضٍ أفقهُ منه، وله كتاب الحج، تولّى القضاء بالبصرة، وقال ابن سماعة: كنت أدعوه إلى محمد بن الحسن فيقول: هؤلاء قوم يخالفون الحديث، وكان عيسى حسن الحفظ للحديث، فصلى معنا يوما الصبح وكان يوم مجلس محمد فلما فرغ محمد قلت: هذا ابن أخيك أبان بن صدقة، ومعه ذكاء و معرفة بالحديث وأنا أدعوه اليك فيأبى ويقول إنا نخالف الحديث، فأقبَل عليه وقال: يا بني ما الذي رأيتَنا نُخالفه من الحديث، فسأله عن خمسة وعشرين بابا من الحديث، فجعل محمد يُجيبه عنه بما فيها من المنسوخ ويأتي بالشواهد والدلائل، فلزم عيسى محمدَ بن الحسن لزوما شديدا. مات سنة ٢٢١هـ.

ترجمته في: الجواهر المضية برقم ١٠٨٦، الطبقات السنية برقم ١٦٧٤، الفوائد البهية ص ١٥١، كتائب أعلام الأخيار برقم ١١٥، تاريخ بغداد ١١/ ١٥٧.

(٤) الرقّةُ: بفتح أوله وثانيه وتشديده، وأصله كل أرض إلى جنب واد ينبسط عليه الماء، وجمعها: رقاق، وهي مدينة مشهورة على الفرات، بينها وبين "حرّان" ثلاثة أيام، والإمام محمد بن الحسن تولّى القضاء بالرقّة. «معجم البلدان» لياقوت الحموي، ٣/ ٦٧.

يستفرقه بين هاتين المسألتين، وبين مسألتين: إحداهما في الدعوى[1]، والأخرى في «الجامع الصغير».

أما التي في الدعوى: امرأة ولدت، وزوجها غائب. فَفَطَمَت[2] ولدَها بعد مدة الرضاع، وطلبت من القاضي أن يفرض النفقةَ لها وللولد. وأقامت البيّنة، ففرَض القاضي، ثم حضر الزوج، ونفى الولد، لاعَنَ القاضي بينهما، ويقطع النسب، وإن كان النسب محكوما به حيث فرض له النفقة[3].

وأما التي في «الجامع الصغير»: رجل تزوج امرأة، فجاءت بولد لتمام ستة أشهر من وقت النكاح، فإن القاضي يقضي بالنسب والدخول حتى يقضي لها بكمال المهر ونفقة العدة، فلو أنه نفى هذا الولد، فإنه يلاعِن بينهما، ويقطع النسبَ، وإن حكم بكونه منه حيث يقضي بكمال المهر ونفقة العدة[4].

---

(١) أي: كتاب الدعوى من «الأصل» للإمام محمد رحمه الله.

(٢) فَطَمَت المُرضِع الرضيعَ فَطما، من باب ضرب: فصلَتْه عن الرضاع، فهي فاطمة، والصغير فطيم، وأفطَمَ الصبي: دخَل في وقت الفِطام. «المصباح المنير» مادة: فطم، ص ٤٧٧.

(٣) انظر «البحر الرائق» ٤/ ١٢٨.

(٤) لم أعثر على هذه المسألة في «الجامع الصغير»، ونقل الحَصيري تلميذ الإمام قاضي خان في كتابه: «التحرير في شرح الجامع الكبير» هذه المسائل والفروق، وحكى هذه الحكاية بأكملها من شرح الزيادات مع الإحالة إليه، لكنه لم يسند هذه المسألة إلى «الجامع الصغير»، وإنما أسند المسألتين إلى «الدعوى»، ولعلّه هو الصواب. ويؤيّده أن العلامة ابن نجيم ذكر في «البحر الرائق» هذه المسائل وحكاية عيسى بن أبان، نقلا عن شرح تلخيص الجامع الكبير، وأحال هذه المسائل الثاثة الأخيرة

وكذا المطلقة طلاقا رجعيا إذا ولدت لأكثر من سنتين، يكون رجعة، فإن نفاه، لاعَنَ القاضي بينهما، وأَلحقَ الولدَ أمّه[1].

فكتب محمد رحمه الله أنه متى حصل القضاء بالنسب ضرورة القضاء بحكم من أحكام النكاح، لايمنع اللعان، ومتى حصل القضاء بالنسب ضرورة القضاء[2] بأمر ليس من حقوق النكاح، فإنه يمنع قطع النسب باللعان.

ومعنى هذا الكلام أنّ القاضي إذا قضى بحق من[3] حقوق النكاح، فقد قضى بصحة النكاح وتقرّره. والقضاء بصحة النكاح وتقرره، قضاء بشرط [صحّة][4] اللعان، إذ اللعان لايجري إلاّ في النكاح الصحيح[5]، والقضاء بشرط اللعان لايمنع جرَيان اللعان،

إلى «كتاب الدعوى»، انظر «التحرير في شرح الجامع الكبير» للحَصيري، مخطوط، شريط مصور بمركز البحث العلمي مكة المكرمة عن المكتبة الأزهرية ٢/ ١٢٠٥-١٢٠٧، باب شهادة الملاعنة لأبيه، و«البحر الرائق» ٤/ ١٢٨.

(١) لأن الطلاق الرجعي لايبطل الزوجية. «بدائع الصنائع» ٣/ ١٤١، وانظر «البحر الرائق» ٤/ ١٢٩.

(٢) من قوله: "بحكم من أحكام النكاح" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) كذا في الأصل، وقوله: "بحق من" ساقط من النسخ الأخرى، وثبوته أولى.

(٤) ما بين المعكوفتين مثبت من (ا) و (ب).

(٥) يشترط لصحة اللعان قيام الزوجية الصحيحة، لأن الله تعالى خصّ اللعان بالأزواج بقوله تعالى: "والذين يرمُون أزواجَهم" (النور، الآية: ٦)، وإنه حكم ثبت تعبّدا غير معقول المعنى، فيقتصر على مورد التعبّد، وإنما ورد التعبد به في الأزواج، فيقتصر عليهم، يقول الكاساني مفرّعا عليه: وعلى هذا قال أصحابنا أن من تزوج امرأة نكاحا فاسدا ثم قذفها لم يلاعنها لعدم الزوجية، إذ النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة. وكذا لو طلّقها طلاقا بائنا أوثلاثا، ثم قذفها بالزنا لايجب

فلايمنع قطع النسب باللعان. والمهر والنفقة والعدّة من أحكام النكاح، فالقضاء بها لايمنع قطع النسب باللعان.

أما إيقاع الطلاق على الأخرى، ووجوب الدية على العاقلة، ليس من حقوق نكاح الوالدة، بل هو حكم آخر وراء ذلك، فالقضاء به قضاء بالنسب، لأنما هو شرط جَريان اللعان، فجاز أن يمنع قطع النسب باللعان، إلاّ أن هذا الفرق لايصح في مسألة الرجعة.

وأشار محمد رحمه الله في الكتاب إلى فرق آخر، فقال:

إذا قضى القاضي بما يختصّ بالدخول، كان قضاء بالنسب، فلاينقطع بعد ذلك، وإذا قضى بما لايختصّ بالدخول، لايكون قضاء بالنسب، ووجوب المهر والنفقة والعدة حكم لايختص بالدخول، فالقضاء به لايكون قضاء بالنسب، فلايمنع قطع النسب.

أما تقرّر ملك المتعة، وتعيّن الأخرى للطلاق في مسألتنا عند عدم البيان صريحا، حكم يختصّ بالدخول لايثبت بدونه، فكان القضاء به قضاء بالنسب، فيمنع قطع النسب باللعان، ولاكذلك الرجعة، لأنها تثبت بالمسّ والقُبلة.

أما البيان في الطلاق المبهم، لايثبت بمقدّمات الدخول، وإنما يثبت بالدخول. وذكر الكرخي[1] رحمه الله أن البيان كما يحصل بالوطء، يحصل بالتقبيل.

اللعان لعدم الزوجية لبطلانها بالإبانة. انظر: «بدائع الصنائع» ٣/ ٢٤١، و ٦/ ٢٥٥، «المبسوط» ١٧/ ١٠٠، «ردّالمحتار» ٢/ ٥٨٩.

(١) هو الإمام عبيد الله، أبو الحسن الكرخي، تقدم ترجمته في ص ١٠٧.

ولو ولدت إحداهما بعد الطلاق المبهم[1] ولدا لأقل من سنتين بيوم، وولدت الأخرى لأكثر من سنتين بيوم، وقع الطلاق على التي ولدت لأقل[2]، لأن المولود لأكثر من سنتين حصل من علوق بعد الطلاق المبهم بيقين، لأن الولد لايبقى في البطن أكثر من سنتين، فيكون بيانا.

أما علوق الأخرى مشكوك فيه، فلايكون بيانا، وانقضت عدة المطلقة بوضع الحمل، لأنه إذا كان بين الولادتين يومان، والطلاق وقع عليها عند علوق الولد[3] الثاني، فقد وقع الطلاق عليها وهي حامل، وعدة الحامل تنقضي بوضع الحمل[4].

وإن كان بين الولدين ستة أشهر فصاعدا، وقع الطلاق على التي ولدت لأقل من سنتين من وقت الطلاق لما قلنا، وعليها أن تعتدّ بثلاث حيض. لأنه إذا كان بين الولدين ستة أشهر فصاعدا، فعلوق الولد الثاني محتمل، يحتمل أنه كان قبل ولادة الأولى، فكان انقضاء عدة الأولى بوضع الحمل، ويحتمل أنه كان بعد ولادة الأولى، فكان انقضاء عدتها بالحيض، فيجب عليها الاعتداد بثلاث حيض احتياطا[5].

بخلاف ما إذا كان بين الولدين أقل من ستة أشهر، لأن علوق الثاني لايتصور أن يكون بعد ولادة الأولى، فيقع الطلاق عليها وهي حامل، فتنقضي عدّتها بوضع

---

(١) "المبهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) لأن وطؤها لايصلح بيانا، ووطء صاحبة الأكثر يصلح بيانا. انظر «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٣) "الولد" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٥) «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

الحمل،[1] والولدان ولده، لأنهما ولدا على فراشه من حيث الظاهر.

فإن قيل: لماذا لانأخذ بالاحتياط، ونحكم بحرمة التي ولدت لأكثرَ من سنتين أيضا، لأنه يحتمل أنه وطَءَ التي ولدت لأقل من سنتين أوّلا، فيقع الطلاق على الأخرى.

قيل له: الحرمة حكم الطلاق، وقد ذكرنا أن الطلاق لايقع بالشك، وإذا لم يقع، لايثبت حكمه بدونه.

فإن أقرّ الزوج أنه جامَع التي ولدت لأقل من سنتين أوّلاً بعد الطلاق المبهم، وقع الطلاق على التي ولدت لأكثر من سنتين بإقراره، لأن إقراره بوطء الأولى أوّلا، إقرار بوقوع الطلاق على الأخرى، لكن لايصدق في صرف الطلاق عن الأولى، فيقع الطلاق عليهما[2] على التي ولدت لأقل من سنتين بحكم الظاهر، وعلى الأخرى بحكم الإقرار[3]

كمن قال: زينب طالق، وله امرأة معروفة بهذا الاسم، فقال: لي امرأة أخرى بهذا الاسم، وإيّاها عنَيت، طلّقتا جميعا، لما قلنا[4]، كذلك ههنا.[5]

ولو ولدت كل واحدة ولدا لأكثر من سنتين، وبين الولدين يوم، وقع الطلاق على

---

(١) قوله: "فتنقضي عدتها بوضع الحمل" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٣) من قوله: "على التي ولدت" إلى آخر الفترة، ساقط من (ا) و (ب).

(٤) المعروفة بحكم الظاهر، وغير المعروفة بإقراره، وقد سبق أن ذكر قاضي خان هذه المسألة في باب من الحيض الذي تصدّق فيه المرأة أو تكذّب على الطلاق والعتاق المعلّق به ص ٣٧٥، فليرجع، كما ذكرها السرخسي في «المبسوط» ٦/ ١٢١، وابن الهمام في «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٥) قوله: "جميعا لما قلنا كذلك ههنا" ساقط من النسخ الأخرى.

التي ولدت آخرا[1]، لأنا تيقنّا بعلوق الولدين بعد الطلاق، لأن الولد لايبقى في البطن أكثر من سنتين، فالأولى حين ولدت، وقع الطلاق على الأخرى في الحال.

فإذا ولدت الأخرى بعد ذلك، لايبطل ذلك الحكم، ولايتغير[2]، لأن ولادة الأولى كان بيانا.

ولو بيّن الطلاق في الثانية صريحا، ثم ولدت الثانية، لايتغير حكم البيان، كذلك هنا[3].

وهذا لأن علوق الولد الأوّل كان قبل علوق الثاني، لأن الأصل في العلوق أن يحال إلى أقرب الأوقات، وهو ستة أشهر، لأنه متيقّن ولايحال إلى زمان سابق إلاّ لضرورة. وفيما تقدم إنما أحيل إلى زمان سابق، كيلا يتعيّن الطلاق المبهم بالشك، وهنا تيقنّا بوقوع الطلاق المبهم على إحداهما، فلايحال العلوق إلى زمان سابق.

وإذا أحلنا علوق الولدين إلى ستة أشهر، كان علوق الولد[4] الأولى قبل وطء[5] الأخرى بيوم، فيتعين الأخرى للطلاق، وانقضت عدتها بوضع الحمل، لأنا حكمنا بوقوع

---

(١) «فتح القدير» ٣/ ١٦٠.

(٢) أي: لايتحوّل الطلاق الواقع عليها إلى غيرها، وصار كما إذا وطئ إحداهما ثم الأخرى، يقع الطلاق على الموطوءة آخرا، كذلك هنا، وثبت نسب الولدين. انظر «فتح القدير» ٣/ ١٦٠.

(٣) «فتح القدير» ٣/ ١٦٠.

(٤) "الولد" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) "وطء" ساقط من (ا) و (ب).

الطلاق عليها عند ولادة الأولى، وحال ولادة الأولى كانت الأخرى حاملا[1]، فكان انقضاء عدتها بوضع الحمل[2].

ألاترى أنه لو جامع إحداهما بعد الطلاق المبهم[3] بأيام بعلم الشهود، ثم جاءت الأخرى بولد لستة أشهر، يقع الطلاق المبهم[4] على التي ولدت، لأنا تيقنا بما يصلح بيانا للطلاق المبهم في التي ولدت، وهو الوطى، وولادة الأخرى محتمل، يحتمل أنّ علوق الولد كان قبل الطلاق المبهم،[5] فلايكن بيانا، ويحتمل أنه كان بعده، فيكون بيانا، فلايتغيّر ذلك الحكم بالشك.

كذلك هنا حين ولدت الأولى ولدا[6] لأكثر من سنتين، حكمنا بوقوع الطلاق على الأخرى. فإذا ولدت الثانية، يحتمل أن وطى الثانية كان قبل وطى الأولى، ويحتمل أنه كان بعده، فلايتغير ذلك الحكم بالشك[7].

ثم سأل على نفسه سؤالا فقال: إن قال قائل: متى أحَلنا علوق الولد الثاني إلى ستة أشهر، فقد أوقَعنا الطلاق على الثانية قبل وطى الثانية، فإذا وطى الثانية بعد ذلك، وجب

---

(١) قوله "حاملا فكان انقضاء عدتها بوضع الحمل" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) «فتح القدير» ٣/ ١٦٠.

(٣) "المبهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) "المبهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) "المبهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٦) "ولدا" ساقط من (ا) و (ب).

(٧) "بالشك" ساقط من (ا) و (ب).

أن يلزمه العُقر[1]، ولايثبت نسب الولد الثاني.

ثم أشار إلى الجواب فقال: الطلاق لاينزِل بالشك، والمال لايجب بالشك[2]، والنسب لاينقطع بالشك[3].

أراد بذلك أن علوق الولد الثاني[4] محتمل، يحتمل أن يكون قبل علوق الولد[5] الأوّل، فيثبت نسبه منه، ويحتمل أن يكون بعده، والاحتمال يكفي لثبات النسب، فلاينقطع بالشك.

وكذا العقر، إن كان علوق الثاني قبل الأوّل، لايجب، وإن كان بعده يجب، فلايجب بالشك[6].

وإنما لايقع الطلاق على الأولى، لأن الأولى لما ولدت لأكثر من سنتين، وقع الطلاق على الأخرى، فإذا ولدت الأخرى، يحتمل أن هذا الولد حصل بوطى قبل وطي

---

(١) كذا في (ا) و (ب)، وكان في الأصل: "العمر"، وهو تصحيف.

(٢) ضابط: «المال لايجب بالشك» ذكره ابن الهمام في «فتح القدير» ١٠/ ٥٢٢، وذكره قاضي خان في موضع آخر بعبارة: «المال لايُستحق بالشبهة» انظر ص ١٠٧٧.

(٣) لأن النسب يحتاط في إثباته، وهذا من "ضوابط الاحتياط"، ذكره قاضي خان في ص ١٧١٨، وقال السرخسي: "أمر النسب مبني على الاحتياط". «المبسوط» ١٧/ ١٠٠.

(٤) "الولد" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) "الولد" ساقط من (ا) و (ب).

(٦) سبق ما ذكره قاضي خان من ضوابط الاحتياط: «الغسل يحتاط في إيجابه»، و «الحدّ يُحتاط في دَرئه». انظر ص ٢٧٣ من هذا الشرح.

الأولى. فيقع الطلاق على الأولى، ويحتمل أنه حصل بوطى بعد وطى الأولى، فلايقع الطلاق[1] على الأولى، فلايقع بالشك.

واستوضح هذا بمن قال لامرأته: إذا ولدت ولدا فأنت طالق ثلاثا، فولدت ولدا، ثم ولدت ولدا آخر لستة أشهر أو لسنة، يثبت نسب الولد الثاني منه[2]، ولايجب العقر.

وإنما يثبت النسب. لاحتمال أنه وطئها قبل الولادة. ولم يخلص الماء إلى رحمها (ا) و (ب)لانسداد فم الرحم، فلما انفتح فم الرحم للولد الثاني[3]، وصل الماء إلى رحمها وعلق الثاني. فيثبت النسب احتياطا.

ولايجب العقر لمكان الاحتمال[4]، كذلك هنا.

---

(١) "الطلاق" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) وتنقضي به العدّة، لأنا حكمنا بعلوق الولد الثاني حال وقوع الطلاق، وحال وقوع الطلاق الزوجية قائمة، انظر «فتح القدير» ٣/ ١٦٠.

(٣) في (ا) و (ب): "بالولادة".

(٤) لأنا جعلناه معلّقا حال قيام النكاح. «فتح القدير» ٣/ ١٦٠.

باب ما يستدلّ به على الطلاق وما لايستدلّ

في الباب خمسة ألفاظ: "أمرك بيدكِ"، "اختاري"، "طلّقي نفسك"، "جعلتُ الأمر بيدك"، "جعلت الخيار إليك".

وذلك على وجوه: إما إن أفرَد، أو كرّر، أو جمَع، والجمع لايخلو إما أن يكون بحرف الفاء، أو بحرف الواو، أو بغير حرف.

وبنى الباب على أصول:

منها: أن الأمر باليد، وقوله: "طلّقي نفسك"، يحتمل نية الثلاث، ولايحتملها قولُه: "اختاري نفسك"[1].

وقال زيد بن ثابت[2] رضي الله عنه: إذا خيّرها فاختارت نفسها، يقع الثلاث[3]،

---

(١) لأن الأمر في قوله: "أمرك بيدك" شامل بعمومه لمعنى الشأن للطلاق، فكان من أفراده لفظا، والمصدر يحتمل نية العموم. انظر: «فتح القدير» ٣/ ١٠٢، و «بدائع الصنائع» ٣/ ١١٨.

(٢) زيد بن ثابت بن الضحّاك بن زيد بن لوذان بن عمرو بن عوف، الأنصاري الخزرجي، كنيته: أبو سعيد، وقيل: أبو ثابت، من فقهاء الصحابة وأحد أصحاب الفتوى، كاتب الوحي للنبي ﷺ، وهو الذي جمع القرآن في عهد أبي بكر رضي الله عنه، روى عنه جماعة من الصحابة منهم: أبوهريرة و أبو سعيد وابن عمر وأنس وسهل بن سعد وغيرهم، وكان رأسا بالمدينة في القضاء والفتوى والقراءة والفرائض، توفي سنة ٤٥هـ، وقال أبوهريرة رضي الله عنه حين مات: اليوم مات حبر هذه الأمة.

والصحيح قولنا[1]، لأن القياس يأبى وقوع الطلاق بالاختيار، لأنه لايدلّ على الطلاق[2]. وإنما عرفنا وقوع الطلاق به بإجماع الصحابة رضي الله عنهم[3]،

انظر ترجمته في: طبقات ابن سعد ٢/ ٣٥٨، أخبار القضاة لوكيع ١/ ١٠٧، ابن عساكر ٦/ ٢٧٨، تهذيب الكمال ٤٥٢، العبر ١/ ٥٣، معرفة القراء ٣٥، تهذيب التهذيب ٣/ ٣٩٩، أسد الغابة برقم ١٨٢٤٥، الاستيعاب برقم ٨٤٠، الإصابة لابن حجر برقم ٢٨٨٧.

(٣) جاء في «مختصر اختلاف العلماء»: قال زيد بن ثابت في "الخيار": إن اختارت زوجها فلا شيء، وإن اختارت نفسها فثلاث. «مختصر اختلاف العلماء» لأبي بكر الجصاص، ٢/ ٤١٨، وانظر: «سنن سعيد بن منصور» ١/ ٣٨٤، «مصنف عبد الرزاق» ٧/ ٩، «كتاب الآثار» لأبي يوسف ص ١٣٩، «الإشراف لابن المنذر» ٤/ ١٧٨.

(١) كذا في (أ) و (ب)، وفي الأصل: "مذهبنا".

(٢) لأن القياس في قوله: "اختاري" أن لايقع به شيء وإن اختارت، لأنه ليس من ألفاظ الطلاق لغة، ولهذا لايملك الزوج إيقاع الطلاق بهذا اللفظ، فإن من قال لامرأته: "اخترت نفسي" لاتطلق، فإذا لم يملك إيقع الطلاق بهذا اللفظ بنفسه فكيف يملك تفويضه إلى غيره إلا أنه جعل من ألفاظ الطلاق شرعا بالكتاب والسنة والإجماع. راجع لتفصيل ذلك: «بدائع الصنائع» ٣/ ١١٨، «المبسوط» ٦/ ٢١٠، «الهداية» و «فتح القدير» ٣/ ١٠١.

(٣) قال الزيلعي معلقا على ما ذكره المرغيناني بأنه روي أن الصحابة أجمعوا على أن المخيّرة لها الخيار مادامت في مجلسها: "فيه عن ابن مسعود، وجابر، وعمر، وعثمان، وعبد الله بن عمرو بن العاص"، ثم ذكر آثارهم بالتفصيل عن «مصنف عبد الرزاق» و «مصنف ابن أبي شيبة» راجع: «نصب الراية» ٣/ ٢٢٩، «أحكام القرآن» للجصاص، ٣/ ٤٦٨، «مختصر اختلاف العلماء» ٢/ ٤١٨، «الهداية» و«فتح القدير» ٣/ ١٠١، «بدائع الصنائع» ٣/ ١١٩، «المبسوط» ٦/ ٢١٠، «اللباب في الجمع بين السنة والكتاب» ٢/ ٧٠٢.

والصحابة[1] اتفقوا على وقوع الواحدة، واختلفوا فيما زاد على الواحدة[2]، فبقيت الزيادة على أصل القياس.

ومنها: أن قولها: "اخترت نفسي"، يصلَح جوابا لقوله: "أمرك بيدك"، ولقوله: "اختاري نفسكِ"، ولايصلَح جوابا لقوله: "طلّقي نفسكِ"، لأن قولها: "اخترت" مبهَم، وقوله: "طلّقي نفسكِ" مفسّر، والمبهَم لايصلح جوابا للمفسّر[3] وقولها: "طلّقت"، يصلح جوابا للكل.

ومنها: أن الأمر لايصلح تفسيرا للأمر باليد، وكذا الاختيار للاختيار[4]، لأن الشيء لايفسّر بمثله[5].

---

(١) في (ا) و (ب): "وهم".

(٢) وجاء في (ا) و (ب): "في الزيادة".

(٣) في (ا) و (ب): "للمعتبر"، وهو خطأ.

نقل ابن الهمام هذا الضابط في «فتح القدير» ٣/ ١٠٨ محيلا إلى قاضي خان في شرح الزيادات، وزاد المرغيناني في هذا الضابط وجها آخر بأن المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم الآخر، ولا تعيين مع الابهام. انظر «الهداية» و«فتح القدير» ٣/ ١٠٢.

والإمام السرخسي علّله بوجه آخر فقال: إن لفظ "الاختيار" أضعف من لفظ الطلاق، ألا ترى أن الزوج يملك الإيقاع بلفظ "الطلاق"، دون لفظ "الاختيار"، فالأضعف لايصلح جوابا للأقوى، والأقوى يصلح جوابا للأضعف. انظر «المبسوط»٦/ ٢١٦.

(٤) فلو قال لها: "اختاري"، فقالت: "قد اخترت" فهو كلام باطل، لأن المبهم لايصلح تفسيرا للمبهم الآخر، «فتح القدير» ٣/ ١٠٢.

(٥) ورد هذا الضابط عند الكاساني بعبارة: "الشيء لايفسّر بنفسه" انظر «بدائع الصنائع» ٣/ ١٢٠.

وقوله: "طلّقي نفسك"، يصلح تفسيرا لقوله: "أمرك بيدكِ"، ويصلح تفسيرا لقوله: "اختاري"، لأن الطلاق مفسر،[1] فيصلح تفسيرا للمبهم.

وقوله: "اختاري"، يصلح تفسيرا للأمر[2]، لأنه أخصّ من الأمر، لأنه تخيير بين اختيار الزوج أو الطلاق.

وقوله: "أمرك بيدك"، إخبار عن مالكية مطلّقة، فيتناول الأشياءَ كلها.

وإذا لم يصلح الأمر تفسيرا لغيره، يجعل علِّة لما بعده، إذا دلّت الدلالة عليه. وكذا إذا تأخّر الأمر، يجعل علِّة لما قبله، إذا دلّت الدلالة عليه، بأن يجمع بينهما بحرف الفاء.

أما إذا جمع بحرف الواو، أو جمع بينهما بغير حرف، كان كلاما مبتدأً، ويرجع في البيان إليه، إلاّ إذا كان في حال مذاكرة الطلاق، فيكون طلاقا.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل قال لامرأته في غير غضب، ولاذكرِ طلاق[3]: "أمرك بيدكَ"، أو قال: "اختاري"، فقالت: "اخترتُ نفسي"، وقال الزوج[4]: "لم أنوِ به الطلاق"، كان القول قوله مع يمينه، ولايقع شيئ، لأن الأمر باليد

---

(١) سقطت العبارة: "ويصلح تفسيرا لقوله اختاري، لأن الطلاق مفسر" من بقيّة النسخ.

(٢) قال المرغيناني: إن الاختيار يصلح جوابا للأمر باليد. «الهداية» و«فتح القدير» ٣/ ١٠٧.

(٣) قوله: "في غير غضب، ولاذكرِ طلاق"، قيّد بهذا فإنه إذا خيّرها بعد مذاكرة الطلاق، أو في حال الغضب والخصومة أو الشتيمة، فاختارت نفسها، ثم قال: "لم أنو الطلاق"، لايصدّق في القضاء، وإذا لم يصدق في القضاء، لاتسع المرأة أن تقيم معه إلا بنكاح مستقبل. انظر «فتح القدير» ٣/ ١٠١، «بدائع الصنائع» ٣/ ١١٣.

(٤) "الزوج" ساقط من (ا) و (ب).

يحتمل الطلاق، ويحتمل شيئا آخر.

وكذا قوله: "اختاري" كما يحتمل الطلاق، يحتمل اختيار سُكنى البيت ونحوه، فلايكون طلاقا إلاّ بالنية[1]، فإذا أنكر النية، كان القول قوله، ويحلف بالله نفيا للتهمة، واحتياطا لأمر الفرج، ألاترى أن [رُكانة بن عبد يزيد][2] رضي الله عنه[3] لما طلّق امرأته

---

(١) لأنه من كنايات الطلاق، فلا يصح من غير نية الطلاق، فإن الزوج لايملك إيقاعه بنفسه من غير نية الطلاق، فكيف يملك تفويضه إلى غيره من غير النية، وإلى هذا أشار العتابي عند تأصيله للباب بقوله: أصل الباب أن صريح الطلاق يستغني عن النية، لأنه تعيّن لرفع النكاح في العرف فلايحتاج إلى التعيين، بخلاف الكنايات، ولهذا قلنا إن صريح الطلاق يصلح تفسيرا وجوابا للأمر باليد والتخيير، لأن الصريح مفصح في المراد، والكنايات مجملة، لايصلح تفسيرا وجوابا للصريح. «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ٣٤. وفي «الهداية»: "ثم لابدّ من النية في قوله: "اختاري"، لأنه يحتمل تخييرها في نفسها، ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره. انظر «الهداية» و«فتح القدير» ٣/ ١٠١، «بدائع الصنائع» ٣/ ١١٣.

(٢) يلاحظ أنه ورد في الأصل وجميع النسخ الأخرى: "زيد بن ركانة" وهو خطأ وتصحيف، والصحيح ما أثبتناه، فإن الصحابي الذي طلّق امرأته البتة هو رُكانة بن عبد يزيد، ولعل هذا الوهم جاء من أن له ابن باسم "يزيد بن ركانة" الذي ذُكر في سند هذا الحديث، يقول الإمام ابن حجر: "وأخرج أبو يعلى، والبغوي، وابن شاهين، وابن منده في ترجمته، من طريق الزبير ابن سعيد عن عبد الله بن علي بن يزيد بن ركانة، عن أبيه عن جده، قال: طلقتُ امرأتي على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم البتةَ. وصاحب هذه القصة هو أبوه ركانة، فإن الضمير في قوله يعود على عليّ، لا على عبد الله، ويدل على ذلك رواية الشافعي من طريق نافع بن عجير، عن ركانة بن عبد يزيد أن ركانة طلق امرأته. وهكذا أخرجه أبو داود وغيره". «الإصابة» ترجمة يزيد

بلفظ "البتّة"، حلّفه رسول الله صلى الله عليه وسلم: «بالله ما أردتُ به الثلاث»[1]، احتياطا.

وكذا لو كرّر فقال: "أمرك بيدك، أمرك بيدك"، أو قال: "أمرك بيدك، فأمرك بيدك"، أو قال: "أمرك بيدك، وأمرك بيدك"، فقالت: "اخترتُ نفسي"، وقال الزوج: "لم أنوِ به الطلاق"، كان القول قوله، لأن التكرار لايزيل الإبهام، وكذا لو كرّر الاختيار

بن ركانة برقم ٩٢٧٩ـ ٦/ ٥١٥.

(٣) هو رُكانة بن عبد يزيد بن هاشم بن المطلب بن عبد مناف، المطلبي، روى عنه نافع بن عُجير وابن ابنه علي بن يزيد بن ركانة، مات بالمدينة في خلافة معاوية، وقال أبو نعيم: مات في خلافة عثمان، وقيل: عاش إلى سنة ٤١هـ. انظر ترجمته في: المغازي لابن اسحاق ٢٧٦، سيرة ابن هشام ٢/ ٤١، تهذيب الكمال ١٩/ ٢٢١، تهذيب التهذيب ٣/ ٢٨٧، أسد الغابة ت ١٧٠٨، الاستيعاب ت ٨٠٤ الإصابة ت ٢٦٩٥، تجريد أسماء الصحابة ٣/ ١٨٦.

(١) أخرج أبوداود عن نافع بن عُجير بن عبد يزيد بن رُكَانة: «أن ركانةَ بن عبد يزيد طلّق امرأته سُهيمة البتةَ، فأخبرَ النبيَ ﷺ بذلك، وقال: "والله ما أردتُ إلا واحدة، فقال رسول الله ﷺ: والله ما أردتَ إلا واحدة؟ فقال ركانة: والله ما أردتُ إلا واحدة، فردّها إليه رسول الله ﷺ، فطلقها الثانية في زمان عمر، والثالثة في زمان عثمان» أخرجه أبوداود في الطلاق، باب في البتّة، الحديث: ٢٢٠٦ و ٢٢٠٧ و٢٢٠٨. وأخرجه الترمذي في كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في الرجل يطلق امرأته البتة، الحديث: ١١٧٧ بألفاظ متقاربة. وأخرجه ابن ماجه في كتاب الطلاق، باب طلاق البتة، الحديث: ٢٠٥١ بنحوه.

وأخرجه الدارمي، الحديث: ٢١٨٩، والحاكم ٢/ ١١٩، والبيهقي ٧/ ٣٤٢، والطيالسي الحديث: ١١٨٨، كلهم من حديث ركانة.

على هذا الوجه.

وإن نوى الزوج[1] الطلاق، يقع تطليقتان بائنتان، لأن المذكور بحرف الفاء، إذا لم يكن تفسيرا للأوّل، ولاعلّة، يكون إيجابا مبتدأ، وقولها: "اخترت" يصلح جوابا لهما.

ولو قال: "جعلت أمرك بيدك، فأمرك بيدكِ"، ونوى الطلاق فقالت: "اخترتُ نفسِي"، يقع واحدة بائنة، إلاّ أن ينويَ الثلاث، لأن الأوّل إثبات، والثاني خبر، فيجعل الثاني خبرا للأوّل، كأنه قال: "جعلتُ الأمر بيدك، فصار الأمر بيدكِ".

وكذا لو قال: "جعلت الخيار بيدك، فاختاري"، وهو نظير ما لو قال لامرأته: "أنت طالق، أنت طالق"، يقع طلاقان. ولو قال: "جعلتك طالقا فأنت طالق"، يقع واحدة.

وإن جمع بين لفظين مختلفين[2] فقال: "أمرك بيدك، فطلّقي نفسك"، أو "اختاري

(١) "الزوج" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) لخّص عالم بن العَلاء أحكام المسائل التي ذكرها المؤلف فيما بعد تلخيصا جيّدا بأنه إذا جمع الزوج بين ألفاظ التفويض، وهو قوله: "أمرك بيدك، اختاري، طلقي"، فإن ذكرها بغير حرف صلة يجعل كل واحد كلاما مبتدأ، ولو ذكرها بحرف الفاء فالمذكور بحرف الفاء يجعل تفسيرا إن صلح تفسيرا، ولفظ الاختيار يصلح تفسيرا للأمر باليد، والأمر باليد لا يصلح تفسيرا للاختيار، وإذا لم يصلح تفسيرا للاختيار يجعل علة لما تقدم، وإن تعذّر جعله علةً يحمل على العطف، ولو ذكر ها بحرف الواو فهو للعطف، والمعطوف لا يصلح تفسيرا للمعطوف عليه، وإذا عطف البعض على البعض فا لتفسير المذكور في آخرها يجعل تفسيرا للكل. «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٣٦١.

فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي"، يقع واحدة بائنة، ولايصدّق الزوج[1] في أنه لم يُرد الطلاق، لأنه جمع بين الأوّل والثاني بحرف الفاء، وإنه للوصل[2]، ووَصْل التفسير بالمبهم يكون بيانا للمبهم[3]، فلايصدق الزوج، ويكون بائنا، لأن العامل هو الأمر باليد أو الاختيار، والواقع بالأمر أو الاختيار يكون بائنا.

ويحلف: "بالله ما أردتُ به الثلاث"، لمكان الاحتمال، ولايحلف في لفظ الاختيار، لأنه لايحتمل نية الثلاث[4].

وكذا لو قال: "أمرك بيدك"، ثم قال على الفور مفصولا أو موصولا: "ما يحبسك أن تطلّقي نفسك، لم لاتطلّقي نفسك!"، فقالت: "اخترت نفسي"، تقع واحدة بائنة، لأن هذا عتاب، والعتاب إنما يتوجّه على ترك المملوك والمقدور، فصار كأنه قال: "ملّكتك الطلاق، لم لاتطلّقي نفسك!" فيقع واحدة بائنة، ويحلف في الأمر باليد: "بالله ما أردت

(١) "الزوج" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) انظر «أصول السرخسي» ١/ ٢٠٧.

(٣) بيّنه السرخسي في نظير هذه المسألة في قاعدة بصيغة: "المبهم إذا تعقّبه تفسير يكون الحكم لذلك التفسير"، انظر «المبسوط» ٦/ ٢١٨.

(٤) كما سبق في الأصول التي قرّرها الشارح في فاتحة الباب، ومذهب الحنفية أن الواقع في التخيير واحدة بائنة، لارجعية، وقد روي الترمذي عن عُمر وا بن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالا: "إن اختارت نفسها فواحدة بائنة"، قال الترمذي: "وذهب أكثر أهل العلم والفقه من أصحاب النبي ﷺ ومن بعدهم في هذا الباب إلى قول عمر، وعبد الله، وهو قول الثوري، رحمهم الله". انظر سنن الترمذي ٣/ ٤٧٤، ويرجع لتفصيل الأدلة: «بدائع الصنائع» ٣/ ١١٩، ١٢٠، و«فتح القدير» ٣/ ١٠١.

به الثلاث"، لما قلنا.

ولو قال لها: "أمرك بيدك"، وسكت، أو قال: "اختاري"[1]، وسكت،[2] ثم قال على الفور: "طلّقي نفسك، ما يحبسك أن تطلّقي نفسك، لم لاتطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي"، وقال الزوج: "ما أردت الطلاقَ بالمبهم"، كان القول قوله، ولايقع شيئ، لأن الأوّل مبهم.

وقوله: "طلّقي نفسك"، ما صار تفسيرا لانعدام حرف الفاء، فبقي كلاما مبتدأ، والثاني وإن كان مفسرا إلاّ أن قولها: "اخترت"، لايصلح جوابا للمفسر، فلايقع شيئ، حتى لو قالت: "طلّقت نفسي"، كان جوابا للمفسّر، وتقع واحدة رجعيّة.

ولو قال: "أمرك بيدك، فطلّقي نفسك ثلاثا للسنة"، أو "ثلاثا إذا جاء غد"، فقالت في المجلس: "اخترت نفسي"، طلّقت ثلاثا للحال.

ولو قامت عن مجلسها قبل أن تقول شيئا بطل[3]، لأن قوله: "فطلّقي نفسك

---

(١) زاد في (ا) و (ب): "اختاري نفسك".

(٢) "وسكت" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) لأنه يشترط لبقاء حكمه بقاء المجلس، وهو مجلس علمها بالتفويض، فما دامت في مجلسها فالأمر بيدها، لأن جعل الأمر بيدها تمليك الطلاق منها، تتصرف فيه برأيها كيف شاءت، وهذا معنى المالكية، فصارت مالكة للطلاق بتمليك الزوج، وجواب التمليك مقيّد بالمجلس، لان الزوج يملك الخطاب، وكل مخلوق خاطب غيرَه يطلب جواب خطابه في المجلس، فيتقيد جواب التمليك با لمجلس، سواء قصر المجلس أو طال، لأن ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة، لإن اعتبار المجلس للحاجة إلى التأمل والتفكر، وذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال

ثلاثا"، خرج تفسيرا للأمر، والأمر باليد يحتمل الثلاث، أمّا لايحتمل التعليق، ولا الإضافة إلى وقت السنة، لأن الأمر باليد يقتضي المالكية[1]، والأمر باليد على هذا الوجه لايفيد البَيْنُونة في الحال، فلاتثبت المالكية.

ولهذا لو قال لها: "أمرك بيدك"، ونوى السنّة أو التعليق، لايصح، فإذا ألحَقَه بما كان تفسيرا، ثبت ما يحتمله، وهو الثلاث، ولايثبت ما لايحتمله، وهو السنة والتعليق.

ولو قال: "أمرك بيدك"، ثم قال على الفور: "ما يحبسك أن تطلّقي نفسك ثلاثا"، فقالت: "اخترت نفسي"، طلّقت ثلاثا لما قلنا إنّ هذا عتاب، وهو إنما يتوجه على ترك المملوك، فدلّ ذلك على إرادته الثلاث.

وفي هذا كله إذا قال: "لم أعنِ بالأمر الطلاق"، دُيّن فيما بينه وبين الله تعالى، لأن قوله: "ما يحبسك"، يحتمل الاستهزاء. وقوله: "طلّقي نفسك"، يحتمل الابتداء بأن يجعل الفاء مكان الواو[2]، لأن حروف الصّلات يقام بعضها مقام البعض، إلاّ أنه خلاف

والأوقات، ولا ضابط له إلا المجلس فقدر بالمجلس، ولهذا اشترطه الصحابة رضي الله عنهم للمخيّرة، فيبقى الامر في يدها ما بقي المجلس، فإن قامت عن مجلسها بطل، لان القيام عن المجلس دليل الإعراض عن جواب التمليك، فكان ردّا للتمليك دلالة. «بدائع الصنائع» ٣/ ١١٤، «فتح القدير» ٣/ ١١٣.

(١) «الهداية» و«فتح القدير» ٣/ ١٠٨.

(٢) جاء في «أصول السرخسي»: إن "الفاء" يجعل مستعارا عن "الواو" مجازا لقرب أحدهما من الآخر. ١/ ٢٠٨.

الظاهر، فيديّن فيما بينه وبين الله تعالى، لا في القضاء[1]، كما لو قال: "أنت طالق"، وقال: "عنَيت به الطلاق عن الوثاق".

ولو قال لها: "أمرك بيدك"، ينوي ثلاثا للسنة، أو ثلاثا إذا جاء غد، فقالت: "اخترت نفسي"، طلّقت ثلاثا للحال، لأن الأمر باليد يحتمل نية[2] الثلاث، ولايحتمل السنة والتعليق، فيصح من النية ما يحتمله، ولايصح ما لايحتمله. والاختيار يصلح جوابا له، فيقع الثلاث للحال.

ولو قال لها في غير غضب، ولاذكرِ طلاق: "أمرك بيدك طلّقي نفسك"، أو قال: "وطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي"، وقال الزوج: "لم أنو[3] بالأمر الطلاق"، كان مصدّقا، ويحلف، لأن قوله: "طلّقي نفسك"، لم يصر تفسيرا للأول لانعدام حرف الفاء، فبقي مبهما، والثاني مفسرا، إلاّ أن قولها: "اخترت" لايصلح جوابا له، وكذا لو قال: "اختاري وطلّقي نفسك".

ولو[4] قال لها: "أمركِ بيدكِ، اختاري اختاري، فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي"، بانت بواحدة بالخَيار الثاني، لأن الأوّل مبهم، والثاني منقطع عن الأوّل، وهو عَين الأوّل، فلايصلح تفسيرا له. والخيار الثاني منقطع عن الخيار الأوّل،

---

(١) أي: لم يصدق في القضاء، وكما لايصدّقه القاضي فكذلك لايسع المرأة أن تقيم معه إلا بنكاح مستقبل. انظر «المبسوط» ٦/ ٢١٥.

(٢) "نية" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) في (ا) و (ب): "أرد".

(٤) وردت العبارة في (ا) و (ب): "وكذلك لو قال: اختاري و طلقي نفسك فقالت".

واتصل التفسير بالخيار الثاني، فصار كأنه قال: اختاري فطلّقي نفسك.

ولو قال: "أمرك بيدك، واختاري، فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي"، بانت بتطليقتين، لأنه عطَف الخيارَ على الأمر بحرف الواو، وذكَر الطلاق على وجه التفسير، فيصير تفسيرا لهما، وقولها: "اخترت"، يصلح جوابا لهما.

ألاترى أنه لو ذكر بعدهما استثناء أو شرطا، ينصرف إليهما، تحقيقا للمشاركة،[1] كذلك هنا، ويحلف بالله ما أراد بالأمر الثلاث، لما مر[2].

ولو قال: "أمرك بيدك، واختاري، وطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي"، وقال الزوج: "لم أنوِ باللفظ الأوّل والثاني طلاقا"، وحلف، كان مصدّقا، ولايقع شيئ، لأن الواو للعطف دون التفسير، فبقي الأوّل والثاني مبهما، والثالث إيجاب مبتدأ، إلاّ أن قولها: "اخترت" لايصلح جوابا له، حتى لو قالت: "طلّقت نفسي"، يقع واحدة رجعية.

ولو قال: "أمرك بيدك، فاختاري، فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي"، بانت بواحدة، لأن قوله: "فاختاري" خرج تفسيرا وحكما للأمر، فإن الأمر يصلح علّة للاختيار، ويصلح الاختيار تفسيرا للأمر أيضا، لأن الأمر أشدّ إبهاما من الاختيار، لأن الأمر باليد يحتمل الثلاث، والاختيار لايحتمل، فصار الاختيار تفسيرا للأمر، وإن كان

---

(١) وفي (ا) و (ب): "للمساواة".

وذكر الإمام السرخسي أن الواو للعطف مطلقا، فيكون موجَبه الاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه في الخبر من غير أن يقتضي مقارنة أو ترتيبا، وهو قول أكثر أهل اللغة. انظر «أصول السرخسي» ١/ ٢٠٠.

(٢) "لمامر" ساقط من (ا) و (ب).

لايتمّ به البيان، أو حكما له.

وقوله: "فطلّقي نفسك" تفسيرا للاختيار، لوجود حرف الفاء، فصار الاختيار المفسّر بالطلاق تفسيرا للأمر، وصار كأنه قال: "أمرك بيدك فطلّقي نفسك"، فإذا قالت: "اخترت نفسي"، يقع واحدة بائنة، ويحلّف: بالله[1] ما أراد [بالأمر الثلاث][2].

ولو قال: "أمرك بيدك، فأمرك بيدك، فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي"، أو قالت: "طلّقت"[3]، يقع تطليقتان بائنتان، لأن الأمر لايصلح تفسيرا، ولاحكما للأمر[4]، فكانت الفاء بمنزلة الواو، وقوله: "فطلّقي نفسك" صار تفسيرا لهما. وقولها: "اخترت أو طلّقت"، يصلح جوابا لهما، فيقع تطليقتان، ويحلف بالله ما أراد به الثلاث.

وكذا لو قال: "اختاري، فاختاري، فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي" أو "طلّقت"، تقع ثنتان بائنتان[5]، لأن الثاني لايصلح تفسيرا ولا حكما للأول، فكان الفاء بمنزلة الواو[6].

و لو قال: "اختاري، فاختاري، فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي" أو "طلّقت"، تقع واحدة بائنة، لأن الأمر لايصلح تفسيرا للاختيار، لأنه أشدّ إبهاما، من

---

(١) "بالله" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في الأصل: "ما أراد الأمر بالثلاث"، وما ثبت من بقيّة النسخ، وهو الصواب.

(٣) زاد في (ا): "طلقت نفسي".

(٤) بناء على قاعدة سابقة: "إن الشيئ لايفسر بمثله"، راجع ص ٤٢٢.

(٥) "ثنتان" ساقط من (ا).

(٦) سقطت هذه الفقرة كلها من (ج) و (د).

الاختيار[١]، والخاص لايفسّر بالعام، ولايصلح أن يكون الأمر حكما للاختيار، لأن الأمر يُنبِئ عن الملك، والملك لايثبت بالاختيار، بل الاختيار يثبت بالملك، فتعذّر أن يجعل الثاني تفسيرا وحكما للأوّل، وأمكن أن يجعل الأمر علّة للاختيار، لأن العلّة مما يقدّم ويؤخّر، يقال: "أتاك الغَوث، فأبشِر"، و "أبشِر، فقد أتاك الغوث"[٢].

وإذا جعل الأمر علّة للاختيار، صار كأنه قال: "اختاري، لأني جعلت الأمر بيدك، فطلّقي نفسك"، فإذا اختارت [نفسها][٣] أو طلّقت، تقع واحدة بائنة، ويحلف بالله[٤] ما أراد به الثلاث، لأن العامل لفظة الأمر، وإنها تحتمل الثلاث.[٥]

ولايقال: لما تعذّر أن يجعل الأمر تفسيرا وحكما لما تقدم، يجعل عَطفا، لأنا نقول: حرف الفاء للعلّة، وأمكن جعله علّة، فلايجعل عطفا، ولأنّا لو جعلناه عَطفا، يقع ثِنتان، ولو حملناه على ما قلنا، تقع واحدة، فلاتقع الزيادة بالشك.

ولو قال: "اختاري، وأمرك بيدك، فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي أو

---

(١) وفي النسخ الأخرى: "منه"

(٢) قال الكاساني: إن الفاء قد تذكر في موضع العلّة، وقد تزكر في موضع الحكم، كما يقال: "أبشر فقد أتاك الغوث"، ويقال: "قد أتاك الغوث فأبشر". «بدائع الصنائع» ٣/ ١٢٠، وانظر «أصول السرخسي» ١/ ٢٠٨.

(٣) "ما بين المعكوفتين: "زياده من" (ا) و (ب).

(٤) "بالله" ساقط من النسخ الأخرى.

(٥) قوله: "وإنها تحتمل الثلاث" ساقط من (ا) و (ب).

طلّقت نفسي"[1]، يقع ثنتان بائنتان، لأن المذكور بحرف الواو لايصلح علّة، ولاحكما، ولاتفسيرا، فكان عطف التفويض على التفويض. وقوله: "فطلّقي نفسك"، تفسير لهما، فيقع ثنتان.

ولو قال: "وطلّقي نفسك"، والمسألة بحالها، فقالت: "اخترت نفسي"، لايقع شيء، لأن الثالث لايصلح تفسيرا لما قبله، فبقى إيجابا، وقولها: "اخترت"، لايصلح جوابا للثالث. ولو قالت: "طلّقت"، تقع واحدة رجعية.

ولو قال لها[2]: "أمرك بيدك، فاختاري، فاختاري، فاختاري"، فقالت: "اخترت نفسي"، وقال الزوج: "لم أنو بشيء من ذلك طلاقا"، كان القول قوله، لأن الكلمات كلها مبهمة.

وكذا لو قال: "أمرك بيدك، واختاري، واختاري، واختاري".

وكذا لو قال: "اختاري، فأمرك بيدك، فأمرك بيدك، فأمرك بيدك"، وكذا لو ذكر بحرف الواو.

ولو قال: "أمرك بيدك، فاختاري، واختاري، فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي أو طلّقت"، تقع واحدة بائنة بلفظ الأمر، ويحلف بالله ما أراد به الثلاث، لأن الأمر باليد مبهم، وقوله: "فاختاري"، خرج حكما له[3] أو تفسيرا له، لأنه أخصّ من الأوّل، إلاّ أنه ليس بتامّ لبقاء الإبهام، والاختيار الثاني عطف على التفسير، فكان تفسيرا أيضا،

---

(١) "نفسي" ساقط من الأصل.

(٢) "لها" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) "له" ساقط من النسخ الأخرى.

وقوله: "فطلّقي" تفسير لهما، ومبالغة في البيان، فكان الحكم للأمر.

طعَن عيسى بن أبَان[1] في هذه المسألة، وقال: لاوَجه لتصحيح هذا الجواب[2]، لأن الاختيار الثاني مذكور بحرف الواو، والمذكور[3] بحرف الواو لايصلح تفسيرا، فلايمكن عطفه على الاختيار الأوّل، لأن الأوّل خرج على وجه التفسير، فكان إيجابا.

فعند ذلك إما أن يجعل الاختيار الثاني معطوفا على الأمر باليد، أو يجعل ابتداء كلام مقطوعا عما قبله، ضرورة أن الاختيار الأوّل صار فاصلا بينه وبين الأمر باليد.

فإن جعل عطفا على الأمر باليد، يصير إيجابين، وقولها: "اخترت"، يصلح جوابا لهما، فيقع طلاقان.

وإن جعل كلاما مبتدأ منقطعا عمّا قبله[4]، كان العامل هو الاختيار الثاني، فينبغي أن تقع واحدة، ولايحلف بالله ما أراد به الثلاث، لأن الاختيار لايحتمل الثلاث، فقوله: "يقع واحدة، ويحلف بالله[5] ما أراد به الثلاث"، لايحتمل الصحة.

والجواب عن الطعن[6] ما قلنا: إنّ الاختيار الثاني عطف على التفسير، فكان تفسيرا، ولأنا لو جعلناه عطفا على الإيجاب يقع طلاقان، ولو جعلناه عطفا على التفسير

---

(١) هو عيسى بن أبان بن صدَقة، القاضي، سبق ترجمته في ص ٤٠٩.

(٢) وفي (ج) و (د): "الوجه".

(٣) "المذكور" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) "منقطعا عما قبله" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) "بالله" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "عن الطعن" ساقط من (ا) و (ب).

تقع واحدة، فلاتقع الزيادة بالشك، وإنما يحلف، لأنه يحتمل أن يكون هذا[1] عطفا على التفسير، واليمين يبني على الاحتياط، فكان شَرعها أولى من الترك.

ولو قال: "أمرك بيدك، فاختاري، واختاري، وطلِّقي نفسك"، فكذلك كان العامل هو الأمر. لو قالت: اخترت أو طلّقت، تقع واحدة بائنة.

من المشايخ من قال: طعَن عيسى بن أبان[2] في هذه المسألة، وقال[3]: لو قالت: "اخترت نفسي"، لايقع شيئ، ولو قالت: "طلّقت نفسي"، تقع واحدة رجعيّة، لأن قوله: "وطلّقي" مذكور بحرف الواو، فلايصلح تفسيرا، فبقي ما قبله مبهما، وقولها: "اخترت" لايصلح جوابا للمفسر.

وجه ظاهر الرواية، ما قلنا: إنّ هذا عطف على التفسير، فيكون تفسيرا.

ولو قال: "اختاري، فأمرك بيدك، وطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي"، لايقع شيئ.

ولو قالت: "طلّقت نفسي"، تقع واحدة رجعيّة بقوله: "وطلّقي"، لأن قوله: "فأمرك بيدك"، لايصلح تفسيرا، ولاحكما للاختيار، ويصلح عِلّة، وقوله: "وطلّقي نفسك"، عطف على العلّة، فكان علّة تحقيقا للمشاركة، فبقي ما قبله مبهما، وقولها: "اخترت" لايصلح جوابا للمفسر.

---

(١) "هذا" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "ابن أبان" ساقط من الأصل.

(٣) "وقال" ساقط من الأصل.

فإن قيل: إذا كان الأمر علّة، كان مقدّما معنىً، ولو قدم الأمر في الذكر، فقال: "أمرك بيدك، فاختاري، وطلّقي نفسك"، كان العامل هو الأمر، فكذلك ههنا.

والجواب عنه من وجهين: أحدهما: أنّ الأمر وإن كان علّة لايحتاج إلى تقديمه في الذكر، فلايقدم.

والثاني: أنّ الاختيار مقدّم من حيث الصورة، ولم يدخل فيه حرف الفاء، وإنما جعل مؤخّرا، ضرورة أنّ الأمر لايصلح تفسيرا له، فلايظهر ذلك في حق العطف، فبقي الطلاق معطوفا على العلّة، وهي الأمر، ولايصير عطفا على التفسير.

ولو قال: "اختاري، فأمرك بيدك، فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي"، بانت بواحدة، وقد ذكرنا قبل هذا.

وكذا لو قال: "اختاري، فطلّقي نفسك، فأمرك بيدك"، فاختارت أو طلّقت، تقع تطليقة بائنة، لأنه جعل الأمر علّة للاختيار المفسّر بالطلاق، كأنه قال: "اختاري، فطلّقي نفسك، لأني جعلت الأمر بيدك".

ولو قال: "أمرك بيدك، فاختاري، فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي أو طلّقت"، ذكرنا أنه تقع واحدة بائنة، ويحلف على الثلاث، لأن الاختيار تفسير للأمر، والطلاق عطف على التفسير، فيكون تفسيرا.

إذا قال لامرأته في غير غضب، ولاذكر طلاق: "أمرك بيدك، فاختاري"، أو "اختاري، فأمرك بيدك"، فالحكم للأمر، حتى تصح نية الثلاث فيه[1]، ويحلف على

---

(١) "فيه" ساقط من (ا) و (ب).

الثلاث.

وكذا لو قال: "أمرك بيدك، فطلّقي نفسك"، أو "طلّقي نفسك، فأمرك بيدك"، كان العامل هو الأمر حتى يجاب بالاختيار، لأن الأمر يصلح علّة للطلاق، لأنه إخبار عن المالكية.

ولو قال لها: "اختاري، فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت"، بانت بواحدة، ولايحلف على الثلاث، لأن قوله: "طلّقي نفسك"، خرج تفسيرا للاختيار.

وكذا لو قال: "اختاري، ما يحبسك أن تطلّقي نفسك".

ولو قال: "اختاري، فاختاري، فطلّقي نفسك"، فاختارت أو طلّقت، يقع طلاقان بائنان، لأن الاختيار الثاني لايصلح تفسيرا للأوّل، ولاعلّة، ولاحكما، فكان حرف الفاء بمنزلة الواو، فيكون إيجابين، وقوله: "فطلّقي" تفسيرا لهما، وقولها: "اخترت أو طلّقت" يصلح جوابا لهما.

وكذا لو قال: "اختاري، واختاري، فطلّقي نفسك".

ولو قال: "اختاري، وطلّقي نفسك، وأمرك بيدك"، فقالت: "اخترت نفسي" أو "طلّقت"، يقع ثنتان، لأن قوله: "وطلّقي نفسك" تفسير للاختيار، و"أمرك بيدك" لم يخرج على وجه العلّة، ولاعطفا على العلّة، فكان إيجابا مبتدأ، ذكر عَقيب ذكر الطلاق، فيكون طلاقا.

ولو قال: "طلّقي نفسك، فاختاري"، فاختارت نفسها، بانت بواحدة.

ولو قالت: "طلّقت نفسي"، تَبين بثنتين، لأن قوله: "طلّقي" مفسر، فلم يكن الاختيار تفسيرا له، فكان إيجابا مبتدأ. وقولها "اخترت"، يصلح جوابا لقوله "اختاري"،

ولايصلح جوابا لقوله: "طلّقي"، فتقع، واحدة[1] وقولها: "طلّقت" يصلح جوابا لهما، فيقع طلاقان بائنان، لأن الواقع بالتخيير بائن، فكان الثاني بائنا ضرورة.

فإن قيل: لماذا لايجعل الخيار علّة؟ فيصير كأنه قال: "طلّقي نفسك، لأني جعلت الخيار إليك"، كما لو قال: "طلّقي نفسك، فأمرك بيدك"، كان العامل هو الأمر، ويجعل الأمر علّة، كأنه قال: "طلّقي نفسك لأني جعلت الأمر بيدك".

قلنا: الأمر باليد علّة لملك الطلاق، فأمكن أن يجعل قوله: "طلّقي نفسك لأنّ[2] أمرك بيدك"، [بمنزلة قوله: "طلقي نفسك لأن أمرك بيدك"][3].

أما الاختيار ففعل المرأة، وفعلها لايصلح علّةً لملك الطلاق، بل ملك الطلاق ينبغي أن يكون سابقا على فعلها في التطليق، فلايمكن أن يجعل هذا بمنزلة قوله: "طلّقي نفسك، لأني جعلت الخيار إليك"، لأن قوله: "طلّقي نفسك" أمر منه بالفعل، وكذا قوله: "فاختاري"، وأمره لايصلح علّةً لأمر آخر منه ولاجزاء، فتعذّر أن يجعل هذا مجازا عن قوله: "طلّقي نفسك، لأني جعلت الأمر بيدك".

فأما قوله: "طلّقي نفسك فأمرك بيدك"، الأوّل أمر، والثاني خبر عن مالكية الطلاق، فجاز أن يجعل الأوّل حكما للثاني.

ولو قال في غضب أو ذكر طلاق: "جعلت أمرك بيدك، فأمرك بيدك"، فاختارت نفسها، تقع واحدة بائنة، لأن الأوّل إثبات، والثاني خبر، فيصير الثاني حكما للأوّل،

---

(١) "واحدة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "لأنّ" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) ما بين المعكوفتين: "زيادة من" (ا) و (ب).

كأنه قال: "جعلت الأمر بيدك، فصار الأمر بيدك". والحال حال مذاكرة الطلاق، فيكون طلاقا بائنا ما لم ينو الثلاث.

ولو قال: "جعلت الأمر بيدك، وأمرك بيدك"، فاختارت نفسها، يقع ثنتان، لأن الثاني مذكور بحرف الواو، فلايجعل حكما للأوّل، بل يجعل عطفا على الأمر، فيثبت به ما ثبت بالأوّل.

وكذا لو قال: "جعلتك طالقا، وأنت طالق"، أو قال: "طلّقت امرأتي وهي طالق"، يقع ثنتان، بخلاف ما لو قال: "جعلتك طالقا، فأنتِ طالق"، فإنه تقع واحدة[1] لما قلنا.

ولو قال لها: "طلّقي نفسك طلاقا أملك الرجعة، فإني جعلت أمرك بيدك في ثلاث تطليقات بوائن"، فقالت: "اخترت نفسي" أو "طلّقت نفسي"، بانت بثلاث[2]، [لأن قوله: "جعلت أمرك بيدك" في ثلاث بيان][3] لما فوّض إليها، وقوله: "طلّقي نفسك طلاقا أملك الرجعة" مشورة، ولايحتملها الأمر، لأن الواقع بالأمر يكون بائنا، فتبطل المشورة، يبقى الثلاث مفوضا إليها، وقولها: "اخترت أو طلّقت" يصلح جوابا لذلك.

ألاترى أن من قال لأجنبي: : طلّق امرأتي، فقد جعلت أمرها بيدك: ، كان تفويضا، حتى يقتصر على المجلس، ولايملك الرجعة، ولو اعتبر قوله: "طلّق امرأتي"، كان توكيلا، فلايقتصر على المجلس

(١) تقع واحدة رجعية، لأن الثاني ذكر بالفاء، فصار جزاء أو تفسيرا للأول. انظر: «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٣٦٣.

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٣٦٣.

(٣) "ما بين المعكوفتين: " زياده من" (ا) و (ب).

باب من الطلاق الذي يلحقه الاستثناء

الأصل فيه أنّ المتكلم بالاستثناء إذا ذكَر وصفاً يَليق بالمستثنى منه، يجعل وصفا للمستثنى منه تصحيحا للوصف[1]، أو يجعل صفةً للكل، تحقيقا للمجانَسة بين المستثنى والمستثنى منه، وإن كان لايليق بالمستثنى منه يبطل[2].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل قال لامرأته: "أنت طالق ثلاثا، إلاّ

---

(١) أوضحه الإمام العتابي عند تأصيله للباب بأنه إذا ذكر كلاما، وذكر عقيبه الاستثناء، وذكر عقيب الاستثناء صفة، فالصفة تنصرف إليهما، لأن وصف المستثنى بصفة يكون وصفا للمستثنى منه بتلك الصفة تحقيقا للمجانسة بين المستثنى وبين المستثنى منه، فبعد ذلك ينظر: إن كانت تلك الصفة تصلح صفة للمستثنى منه تعتبر، وإلا فتبطل. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ٣٦.

(٢) تفصيل ذلك أن المتكلم بالاستثناء إذا ذكَر عقيبَه وصفا يليق با لمستثنى، ولا يليق با لمستثنى منه يجعل وصفا للمستثنى حتى يبطل بطلاقه، وإذا ذكر وصفا يليق با لمستثنى منه ولا يليق با لمستثنى، فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يجعل وصفا للمستثنى منه حتى يثبت بثبوته تصحيحا بقدر الإمكان، وبعضهم قالوا: يجعل وصفا للكل تحقيقا لدخوله على الكل، أو تحقيقا للمجانسة بينهما فإن المستثنى من جنس المستثنى منه في الظاهر، وإذا ذكَر وصفا يليق با لمستثنى والمستثنى منه فقد اختلفت عبارات المشايخ فيه أيضا، بعضهم قالوا: يجعل وصفا للكل تحقيقا لدخوله على الكل وتحقيقا للمجانسة، فيبطل المستثنى بوصفه، ويبقى المستثنى منه بوصفه، وقال بعضهم: يجعل وصفا للمستثنى منه لا غير، وهذا كله إذا ذكر وصفا زائدا، أما إذا ذكر وصفا أصليا لا يعتبر أصلا. «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٠٦.

واحدة للسنة"، يقع تطليقتان سنّيتان[١]، لأن قوله: "للسنة"، أي لوقت السنة، والإضافة إلى وقت السنة تليق بالمستثنى منه، لأنه هو الواقع دون المستثنى، لأنه يبقى على العدم، والواقع هو الذي يختصّ بالوقت دون المنعدم، أو يجعل صفةً للكل، تحقيقا للمجانسة، كمن قال لفلان: "عليّ ألف إلاّ مائة دينار"، كانت الجملة من الدنانير.

وكذا لو قال: "أنت طالق ثلاثا إلاّ واحدة غدا، أو إذا كلّمت فلانا"، كان الوقت والشرط داخلين في الكل، حتى يقع تطليقتان عند الشرط[٢].

ولو قال: "أنت طالق ثلاثا البتّة إلاّ واحدة"، فهي طالق تطليقتين يملك الرجعة، لأن ذكر البتة لايفيد إلاّ التأكيد[٣]، لأن قوله: "البتة" أي قاطع[٤]، والثلاث لايكون إلاّ

---

(١) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٠٧.

(٢) فلا يقع شيئ قبل مجيئ الغد والكلام، وعند الكلام ومجيئ الغد يقع ثنتان، لأن الأصل: أن يكون المستثنى منه من جنس المستثنى، فإذا كان المستثنى معلقا أو مضافا إلى الغد، كان المستثنى منه معلقا أو مضافا إلى الغد. كذا قاله قاضي خان في فتاواه، ١/ ٥٠٩، وانظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٠٧ نقلا عن «فتاوى قاضي خان».

(٣) فلا يصير قوله: "البتة" فاصلا بين الاستثناء والأيجاب، والأصل فيه ما ذكره ابن العَلاء في فتاواه: الأصل أن الوصف المذكور على سبيل التاكيد لايصير فاصلا بين الطلاق والاستثناء، ولابين الطلاق والشرط، حتى أن مَن قال لامرأته: "أنت طالق ثلاثا يا فلانة إلا واحدة" تقع ثنتان، ولايصير قوله: "يافلانة" فاصلا. «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٠٧.

(٤) بتّه بتّاً: قطعَه، وبتّ الرجل طلاق امرأته، فهي مبتوتة، والأصل مبتوت طلاقُها، وطلّقها طلقة بتّةً وبَتاتاً، أي: باتئة، وبتّها، إذا قطعها عن الرجعة، والبتّةَ: لكل أمر لا رَجعة فيه. «المصباح المنير» ص ٣٥، «القاموس المحيط» ص ١٨٨، مادة: البت.

قاطعا، فكان ذكره وعدم الذكر سواء، ولو[1] انعدم، يقع تطليقتان رجعيتان.

وكذا لو قال: "أنت طالق ثلاثا بائنة إلاّ واحدة"، لما ذكرنا[2].

وكذا لو جعل "البتة" نعتا للمستثنى، بأن قال: "أنت طالق ثلاثا إلاّ واحدة بائنة أو بَتّة"[3]، لأن المستثنى من جنس المستثنى منه، فإلحاق هذا الوصف بالمستثنى يكون إلحاقا بالجملة.

ولو قال: "أنت طالق ثنتين البتّة إلّا واحدة"، تَقع واحدة بائنة[4]، لأن ذكر البتّة هنا معتبر، لأن الثنتين لاتكون بَتّة لا محالة، بخلاف الثلاث، فإذا استثنى واحدة بائنة[5]، تبقى[6] واحدة بائنة.

وكذا لوقال: "أنت طالق ثنتين إلا واحدة البتّة"، يجعل "البتّة" صفةً للكلّ، [لما ذكرنا][7] من الفائدة، و"البَتّة" تَصلح نَعتاً للثنتين، كما تصلح نعتاً للواحدة، يقال: ثنتان بَتّة، وثلاث بتّة، فيكون متكلّما بتطليقتين بائنتين، مستثنيا واحدةً منهما، فتقع واحدة بائنة.

---

(١) قوله: "ولو انعدم إلى قوله بعد سطريه" بأنه قال" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٠٨.

(٣) طلّقت تطليقتين رجعيتين أيضا. المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق.

(٥) "بائنة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٦) في (ا) و (ب): "يقع"

(٧) "لما ذكرنا زيادة من": (ج) و (د).

ولو قال: "أنت طالق ثنتين إلا واحدة بائنة، أو بائناً"، فهي طالق[1] واحدة رجعيّة[2]، لأن البائنة والبائن يصلح نعتاً للواحدة دون الثنتين، لايقال: تطليقتان بائنة، وأنما يقال: بائنتان.

فإن عنى بالبائنة الثنتين، فيصرف ذلك إليهما، لأنه نوي مايحتملُه كلامُه، فإن التثنية تذكر بلفظة الوَحدان. قال الله تعالى: ﴿أنّ السّمَوَاتِ والأرضَ كانَتَا رَتقاً﴾[3] ولم يقل: رتقَين.

فإذا نوى ذلك، وفيه تشديد على نفسه، يصدّق، وإن كان خطأ، فالمتكلّم قديلحن في الإعراب، فإذا نوى ذلك، يُصدّق فيما فيه تغليظ[4].

ولو قال: "أنتِ طالق [ثلاثا][5] بَوائن إلا واحدة"، يقع بائنتان[6].

فرق بين هذا وبين قوله: "أنت طالق ثلاثا بائنة إلا واحدة"، فإن[7] ثَمّة يقع رجعيّتان[8]، لأن البوائن جمع، والثلاث جمع، والجمع إذا قوبل بالجمع، كان كلّ واحد

---

(١) "طالق" ساقط من (ج) و(د).

(٢) «الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن «الزيادات» ٣/ ٤٠٨.

(٣) سورة الأنبياء، الآية: ٣٠.

(٤) حيث تطلق واحدة بائنة. انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٠٨

(٥) "ما بين المعكوفتين: "زيادة من" (ج) و(د).

(٦) انظر: «فتاوى قاضي خان» ١/ ٥١٠٠، «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٠٨.

(٧) "فإن ثمة يقع رجعيتان ساقط من (ا) و(ب).

(٨) انظر: «فتاوى قاضي خان» ١/ ٥١٠٠.

من آحاد هذا الجمع، مقابلاً بكل واحد من آحاد ذلك الجمع.

بخلاف البائنة، فإنها لاتصلح نعتا للجمع، فجعلت نعتا للواحدة المستثناة، فيبطل.

ولو قال لغيره: "لك عليّ ألف درهم إلا مائة نقد بيت المال"، كان عليه تسع مائة من نقد بيت المال.

ولو قال: "لفلان[1] عليه مائة إلا دينارا"، كانت المائة من الدنانير استحسانا، تحقيقا للمجانسة، ألا ترى أنه لو قال: "لفلان عليّ مائة ودينار"، كانت المائة من الدنانير، مع أن العطف لايقتضي المجانسة، فالإستثناء أولى.

(١) في (ا) و (ب): "لك على مائة إلا دينارا".

باب في الوقتين يقع فيهما الطلاق والفعلين

الأصل فيه: أن المعلّق بالفعلين يقع عند وجود آخرهما[١]، لأنه علّقه بهما، فلو نزل عند أوّلهما، كان معلّقا بأحدهما.

والمضاف إلى الوقتين ينزل عند أولهما[٢]، لأنه جعل الوقتين ظرفا، فلو نزل في آخرهما، كان الظرف أحدهما، لا كلاهما[٣].

فإن كان أحدهما كائنا، والآخر آت، إن بدأ بالوقت الكائن، وثنّى بالآتي، يقع طلاق واحد فيهما، وإن بدأ بالآتي، وثنّى بالكائن، يقع طلاقان[٤]، لما نذكر.

---

(١) وردت هذه القاعدة بصيغة أخرى عند الفقهاء: «الحكم المعلّق بشرطين لايجب بأحدهما والآخر معدوم». وكذلك: "الحكم إذا كان وجوبه معلقا بشيئين لم يجب إلا بورودهما معا". انظر: «معالم السنن» للخطابي، ٢/ ١٦٥، ٤/ ١٥٢، «مجموع فتاوى ابن تيمية» ٢١/ ٣٨٤ كتاب التيمم، «المغني» لابن قدامة، ٤/ ٥٠٧، كتاب الحجر ١٣/ ١١٣.

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٨.

(٣) فصّل في «الفتاوى التاتارخانية»، وذكر أن المعلّق بالفعلين على ثلاثة أوجه: أحدها: أن يكون الجزاء مقدما على الفعلين، والثاني: أن يكون الجزاء وسط الفعلين، والثالث: أن يكون الجزاء مؤخّرا عن الفعلين. راجع للتفصيل «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٩.

(٤) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٨.

والمعلّق بأحد الفعلين ينزل عند أوّلهما[1]، لأنه لولم ينزل كان معلّقا بهما.

والمضاف إلى أحد الوقتين ينزل في آخرهما[2]، لأنه جعل أحدهما ظرفا، فلو نزل في أوّلهما، كان كلاهما ظرفا.

ولو جمع بين الوقت والفعل، وأضاف إلى أحدهما، فإن وُجد الفعل أوّلا، يقع، ولاينتظر وجود الوقت، وإن وجد الوقت أوّلاً، لايقع ما لم يوجد الفعل[3].

لأن الجمع بين قضية الوقت والفعل متعذّر لما بينهما من المضادّة، فإن قضيّة الجمع بين الفعلين بكلمة "أو"، أن يقع[4] الطلاق[5] بوجود أولهما، وقضية الجمع بين الوقتين بكلمة "أو"[6] وقوعه في آخرهما، فإذا تعذر اعتبارهما ترجّح بالسبق[7].

---

(١) المصدر السابق.

(٢) الطلاق المضاف إلى أحد الوقتين يقع عند آخرهما، لأن الزوج أوقع الطلاق بأحد الوصفين: الأخف، والأغلظ، وهو التعجيل والتأخير، والمؤخّر أخف من المعجل، ولهذا قالوا من قال لامرأته: "أنت طالق بائنا أو رجعيا"، يقع طلاق رجعي، وكذلك فيمن قال لامرأته: "أنت طالق ثلاثا أو واحدة" تقع واحدة. «الفتاوي التاتارخانية» ٣/ ٤١٧.

(٣) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٢٠.

(٤) في الأصل: "يتعلق" وهو الصحيح.

(٥) في (ا) و (ب): "إن يقع عند أولهما".

(٦) في الأصل: "بكلمة أو".

(٧) أي: بسبب التضاد بين الإضافة والتعليق وجب القول بالترجيح، فرجحنا السابق لأنه لامزاحم له، فيعطى حكمه، ويجعل الآخر تبعا له.

فإذا وجد الفعل أولا يجعل المضموم إليه من جنسه، ويجعل كأن الثاني فعل، فيقع بوجود الأول، وإذا وجد الوقت أولا يجعل كأن المضموم إليه وقت، ولو كان وقتا حقيقة، لايقع عند وجود الأول[١].

وعن أبي يوسف رحمه الله: أيّهما وجد أوّلا يقع الطلاق، ويبطل الآخر، كأنه تكلم بالأول، لا غير، لأن اعتبارهما لايمكن، فيعتبر الأول منهما[٢].

وعن أبي يوسف[٣] في رواية أخرى: إذا وجد الفعل أولا، لايقع حتى يوجد الوقت أيضا، ويشترط وجودهما، لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر، فلا بدّ من وجودهما حتى لايقع الشك[٤].

وعلّله القاضي الإمام أبي سعيد البردعي بوجه آخر: بأن مَن أوقع أحد الطلاقين: إما الأخف أو الأغلظ، يقع الأخف، وقد أتى بالمضاف إلى الوقت أو بالمعلق بالفعل، والمعلق أخف من المضاف، لأن المضاف أقرب إلى المنجز، فتعين الأخف ويلغى الوقت. «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٢٠.

(١) «الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن «الذخيرة البرهانية»، ٣/ ٤٢٠.

(٢) فالرواية الأولى توافق رأي الإمام محمد، والإمام برهان الدين محمود بن أحمد بن مازة البخاري، صاحب «المحيط البرهاني» ذكر في فتاواه المشهورة «بالذخيرة البرهانية» الروايتين لأبي يوسف، ثم قال في حق الرواية الأولى: "فهذه الرواية توافق ما ذكر محمد في «الزيادات»". انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٢١.

(٣) في النسخ الأخرى: "وعنده".

(٤) روى ابن سماعة هذه الرواية في «نوادره» وقال: سمعت أبا يوسف يقول: إذا قال لامرأته: "أنت طالق إذا دخلت الدار وبعد غد"، فدخلت الدار اليوم، قال: لاتطلق حتى يجيئ بعد غد،

إذا عرفنا هذا جئنا إلى المسائل، ، وفي الباب فصول ثلاثة :

إما أن يجمع بين فعلين، أو بين وقتين، أو بين وقت وفعل. وكلّ ذلك على وجوه ثلاثة :

إما أن يذكر بينهما كلمة "أو"، أو يذكر بينهما حرف "الواو"، أوكلمة "في".

أمّا الفصل الأول :

قال محمد [رحمه الله][1]: رجل قال لإمرأته : "أنت طالق إذا جاء رأس الشهر، أو إذا قدم فلان"، فأيّهما وجد أوّلاً يقع الطلاق، لأنه علّقه بأحد الفعلين، فينزل عند أوّلهما، لما ذكرنا، ثمّ لايقع بوجود الآخر شيء، لأن كلمة "أو" في الإثبات تتناول الواحد، فلايكون ملتزما إلا طلاقاً واحداً[2]

ولو قال: "أنت طالق غداً أو بعد غد"، لايقع حتى يجيء بعد غد، لأنه أضاف إلى أحد الوقتين، فينزل عند آخرهما[3]، لما ذكرنا.

ولو قال: "أنت طالق[4] رأس الشهر، أو إذا قدم فلان"، فإن قدم فلان قبل رأس الشهر، وقع الطلاق، وإن جاء رأس الشهر ولم يقدم فلان، لايقع حتى يقدم فلان،

قال: وهذا بمنزلة وقتين. انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٢١.

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من(ج) و (د).

(٢) إلا أن ينوي أن تقع بكل فعل تطليقة، فيكون كما نوى. كذا نقل ابن العلاء عن «الذخيرة البرهانية» انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٩.

(٣) بناءً على ما سبق أن المؤخر أخفّ من المعجل، وانظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٨.

(٤) "أنت طالق" ساقط من (ا) و (ب).

فيكون[1] الحكم للفعل. لما ذكرنا أنه إذا جمع بين الوقت والفعل كان المضموم إليه من جنسه.

فإن وُجد الوقت أوّلاً يجعل كأنّ الثاني وقت، وثَمّة[2] لايقع ما لم يوجد الوقتان، وإن وجد الفعل أولاً يجعل كأن الثاني فعل، ولو[3] علّق بأحد الفعلين . . . عند أولهما، لما ذكرنا.

قال محمد رحمه الله: ألا ترى أنه لو قال لها: "أنتِ طالق غدا أو إن شئتِ"، فشاءت الساعة، وقع الطلاق، ولاينتظر وجود الغد[4].

ووجه الاستشهاد: أن المشيئة تمليك يتقيّد بالمجلس[5]، فإذا وجدت المشيئة أوّلاً فلا بدّ من اعتبارها، وذلك في وقوع الطلاق.

إلاّ أن بين هذه المسألة وبين ما تقدّم فرقاً من وجه: وهو أن هنا لو لم توجد المشيئة، وجاء غد، يقع الطلاق، بخلاف المسئلة الأولى.

ووجه الفرق: أن المشيئة تَبطل بالقيام عن المجلس، فإذا بطلت المشيئة والمعتبَر أحدهما، تعيّن الوقت، فإذا وجد الوقت يقع، حتى أن في المسألة الأولى لو مات فلان قبل

---

(١) "في (ا) و (ب): "ويكون".

(٢) العبارة في النسخ الأخرى: "فلا يقع إلا بوجود هما" مكان "وثمة.. الوقتان".

(٣) العبارة في النسخ الأخرى: "فينزل فكان ولو علق بأحد الفعلين."

(٤) فيجعل كأن المضموم إلى المشيئة فعل آخر، فكان الطلاق معلقا بأحد الفعلين. «الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن «الزيادات». ٣/ ٤٢١.

(٥) تفويض الطلاق يتقيد بالمجلس، وقد سبق بيانه تعليقا بالتفصيل، فليرجع ٢/ ٤٢٨.

القدوم. ثم جاء رأس الشهر، يقع أيضا.

وأما الفصل الثاني:

إذا ذكر بحرف الواو، فإن جمع بين الوقتين، فقال: "أنتِ طالق غداً وبعد غد"، فجاء غد، يقع الطلاق، ولا ينتظر وجود بعد غد، لأنه جعل الوقتين ظرفاً، وإنما يحصل ذلك بوقوع الطلاق في أوّلهما.

ولايقع إلاّ واحدة، لأنها إذا اتصفت بالطلاق في الوقت الأول، تكون موصوفة في الوقت الثاني، فلاضرورة إلي وقوع طلاق آخر، فإن نوى ذلك، صحّت نيته، ويتكرّر الطلاق، لأنه نوى إضمار كلمة "في"[1].

وكذا لو قال: "أنتِ طالق الساعةَ وغداً"، يقع في الحال واحدة[2]، ثمّ لايقع غداً أخرى إلا أن ينويَ ذلك لما قلنا.

وإن جمع بين الفعلين، فقال: "أنت طالق إذا قدِم فلان، وإذا قدِم فلان"، أو ذكر

---

(١) قال السرخسي في مسألة لوقال: "أنت طالق اليوم وغدا وبعد غد": فإن لم يكن له نية فهي واحدة، لأن بوقوع الواحدة عليها تتصف بالطلاق في هذه الأيام، وإن نوى ثلاثا فهو كما نوى، وهي طالق كل يوم واحدة حتى تستكمل ثلاثا في اليوم الثالث، إما لإضمار حرف "في" أو لإضمار التطليقة. «المبسوط» ٦/ ١٤٢، وانظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٨.

(٢) هذا نظير ما لوقال لامرأته: "أنت طالق اليوم وغدا"، يقع الطلاق في اليوم، لأنه جعل الوقتين جميعا ظرفا لكونهما طالقا، ولن يكون الوقتان جميعا ظرفا إلا عند الوقوع في أولهما، لأنه لو تأخّر الوقوع إلى الغد، لكان الظرف أحدهما. انظر «بدائع الصنائع» ٣/ ١٣٤.

بكلمة "إن" أو "متى"، فأيّهما قدم، يقع، ولاينتظر قدوم الآخر[1]، لأن قوله: "أنت طالق إذا قدم فلان" يمين تامّ لوجود الشرط والجزاء، وحكمها وقوع الطلاق عند وجوده وانحلال اليمين، والشرط الثاني كامل من حيث الشرطيّة، ناقص من حيث أنه لا جزاء له.

فإذا عطف الثاني على الشرط الذي تعلّق الجزاء به، والعطف يقتضي المشاركة في الحكم، صار الجزء الأول بحكم العطف متعلّقا بالثاني، حسب تعلّقه بالأوّل، كأنه قال: "وإذا قدم فلان فأنت طالق تلك التطليقة"، تحقيقاً للاشتراك.

وكذا إذا خلّل الجزاء بين الشرطين[2]، فقال: "إذا قدم فلان فأنت طالق وإذا قدم فلان"، أيّهما قدم، يقع الطلاق[3] لما ذكرنا في الوجه الأول.

وإذا قدما، لايقع إلا طلاق واحد، لأن المعلّق بالثاني عَين ما تعلّق بالأول، لا غيره، تحقيقاً للمشاركة من كل وجه، والمعلّق بالشرط يصحّ تعليقه بشرط آخر، وإذا نزل بوجود الشرط الأول، بطل الثاني لفوات الجزاء، كما لو علّق الثلاث بشرط ثمّ علّقها بشرط آخر.

وإن نوَى أن يقعَ عند كلّ فعل تطليقة على حدة، صحت نيته[4]، لأنه نوى الإضمار، كأنه قال: "وإذا قدم فأنت طالق تطليقة أخرى"، وفيه تغليظ عليه، فيصحّ.

وإن أخّر الجزاء، فقال: "إذا قدم فلان وإذا قدم فلان فأنت طالق"، لايقع الطلاق

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٩.

(٢) أي: يكون الجزاء وسط الفعلين. انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٩.

(٣) "الطلاق" ساقط من (ج) و (د).

(٤) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٩.

حتى يقدما[1].

لأن قوله: "إذا قدم فلان" شرط مَحض، لا حكمَ له، فإذا عطف الثاني عليه، وحُكم الأوّل أنه شرط محض، فكذلك الثاني بحكم العطف، فإذا ذكر الجزاءَ تعلّق بهما، وصارا شرطاً واحداً، فلايقع بوجود أحدهما، لأنه لو وقع بوجود أولهما، صار الثاني عطفا على اليمين التامّ، لا على الشرط، ولو وقع بوجود الثاني، كان هذا عطف اليمين على الشرط، وفيه إبطال الأول وإلغاؤه، فلايجوز، فتعلّق الجزاء بهما.

فإن نوى وقوع الطلاق بأحدهما، صحّت نيته، لأنه أمكن تصحيح نيته بتقديم الجزاء على أحد الشرطين، وفيه تغليظ على نفسه، فيصحّ.

هذا إذا أعاد كلمة الشرط، فقال: "أنت طالق إذا دخلت الدارَ وإذا دخلت الدارَ"، فإن لم يُعد حرف الشرط، فقال: "أنت طالق إذا دخلت الدارَ و دخلت الدارَ"، لايقع الطلاق بدخول دارٍ واحدة[2]، لأنه إذا لم يُعِد حرف الشرط، تَعذّر جَعل الثاني شرطاً كاملاً.

وكذا إذا وسّط الجزاء، ولم يُعد حرف الشرط، بخلاف ماتقدّم، إلاّ أن ينويَ وقوع الطلاق بأحدهما، لأنه نوَى إضمار كلمة الشرط.

ولو جمَع بين الوقت والفعل، وأضافه إليهما، فقال: "أنت طالق الساعةَ وإذا جاء

---

(١) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٩.

(٢) أوضحه ابن العلاء بأنه إن لم يذكر حرف الشرط الثاني بأن قال لها: "أنت طالق إذا قدم فلان وفلان" فهذه يمين تامة، وفي الذخيرة: يشترط قدومهما لوقوع الطلاق. «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٩.

غد"، أو قال: "أنت طالق غداً وإذا قدم فلان"، فهما طلاقان[1]: أحدهما مضاف إلى الغد، والثاني معلّق بالقدوم، لأن الجمع بين الإضافة والتعليق متعذّر لاختلاف حكمهما، فإن التعليق يمين، والإضافة ليست بيمين، فلايمكن جعلهما تصرّفاً واحداً، ولاوجهَ إلى إبطال أحدهما، لأنه التزَمهما، بخلاف ما إذا ذكر بحرف "أو"، لأن ثَمّة الملتزم أحدهما.

وإذا وجب اعتبارهما يصير كأنه قال: "أنت طالق غداً وإذا قدم فلان فأنت طالق تطليقة أخرى".

وكذا في قوله: "أنت طالق الساعةَ وإذا قدم فلان"، يقع للحال واحدة، وتتعلّق الأخرى بالقدوم، ويكون حرف الواو للابتداء، لا للعطف والاشترك، لأن ذلك إنما يكون في الجنس الواحد، لا في الجنسين المختلفين.

رجل قال لإمرأته في الليل: "أنت طالق في ليلك ونهارك"، يقع للحال واحدة، ولايقع بعد ذلك أخرى[2]، لأنه أضاف الطلاق إلى وقتين، حيث جعلهما ظرفا واحداً، والوقت يصلح ظرفاً لوقوع الطلاق فيه، فيقع للحال واحدة تحقيقاً للوصف[3].

---

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٢٠.

(٢) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٨.

(٣) زاد الإمام العتابي بعض الأصول والضوابط في فاتحة الباب التي تتعلق بالمسائل التي ترد فيها كلمة "في" فقال: أصل الباب أن كلمة "في" للظرف حقيقة، فتعمل به، فإن تعذّر حملها على الظرف يحمل على الشرط، فإذا دخل في الوقت كان للظرف، لأن الوقت يصلح ظرفا، ثم بعد ذلك ينظر: إن ذكر وقتين، وأدخل كلمة "في" في أولّها، كانا ظرفا واحدا، فيكون المظروف واحدا، وإن دخل في كل وقت صار كل وقت ظرفا على حده، فيستدعي مظروفا على حده،

ثمّ لايقع أخرى، بعد ذلك[1] لأن الواقع في الحال يبقى في الزمان الثاني، فكانت موصوفة بالطلاق في الوقتين بذلك الطلاق، فلايقع طلاق آخر، إلا أن ينويَ ذلك، فيكون على مانوى[2]، لإنه نوى ما يحتمله لفظه بإضمار كلمة "في"، كأنه قال: "أنتِ طالق في ليلك وفي نهارك".

وكذا لو قال في النهار: "أنت طالق في نهارك وليلك"، يقع للحال واحدة، ثمّ لايقع أخرى إلا أن ينوي[3]، لما قلنا.

هذا إذا بدأ بالكائن، وثنّى بالآتي، وإن بدأ بالآتي، وثنّى بالكائن، بأن قال في الليل: "أنتِ طالق في نهارِك وليلكِ"، يقع تطليقتان: واحدة للحال، وأخرى إذا طلع الفجر[4].

لأن قوله: "أنت طالق في نهارك" إضافة إلى وقت في المستقبل، فيتوقّف وقوعها على مَجيءِ ذلك الوقت، وقوله: "وليلك" وصف لها بالطلاق في الحال، لإنه عطَف الوقت المذكورَ آخراً، على المذكور أوّلا، ولم يذكر له خبراً، فصار خبر الأول خبرا للثاني

ومتى دخل في الفعل كان للشرط، لأن الفعل لايصلح ظرفا، ثم بعد ذلك ينظر: إن دخل كلمة "في" في أولها كانا شرطا واحدا، وإن دخل في كل واحد منهما كان كل واحد منهما شرطا بنفسه. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ٣٦.

(١) "بعد ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٨.

(٣) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٨.

(٤) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٨.

تحقيقا للشركة، وهي لاتوصف بالطلاق في الحال بتطليقة مضافة إلى الغد. فاقتضى وقوعَ تطليقة أخرى تنجيزاً، وتنجيز الطلاق في الحال لايمنع بقاء الإضافة الأولى، وإذا بقيت الإضافة، تقع أخرى في وقتها.

فإن عنى وقوع طلاق واحد في الوقتين، دُيّن فيما بينه وبين الله تعالى، لأنه نوى ما يحتمله لفظه بالتقديم والتأخير إلا أنه خلاف الظاهر، وفيه تخفيف، فلايصدّق قضاءً.

وكذا لو قال في النهار: "أنت طالق في ليلك ونهارك"، يقع تطليقتان لما قلنا.

ولو قال لامرأته: "أنت طالق في قيامكِ وقعودكِ" وهي مضطجعة، فقعدت، لم تطلق حتى تقوم[1].

وكذا إذا قامت ولم تقعد، لم تطلق حتى تقعد، لأنه أدخل كلمة الظرف على القيام والقعود، والفعل لايصلح ظرفاً على معنى أنه يوجد فيه، فلايمكن العمل بحقيقة "في"، فيجعل مجازاً عن الشرط، صار كأنه قال: "أنت طالق إذا قمت وقعدت"، ولو صرّح بذلك كانا شرطا واحدا، ويتعلّق الطلاق بهما، ولاينزل عند أحدهما، كذلك هنا.

ولو قال لها وهي مضطجعة: "أنت طالق في قيامك وقعودك"، فقعدت أو قامت، طلّقت، وأن قامت وقعدت، لاتطلق إلا واحدة، لأن كلمة "في" جعلت مجازا عن الشرط لما ذكرنا، فصار كأنه قال: "أنت طالق إذا قمت وإذا قعدت"، [ولو صرّح بذلك، يتعلّق بأحد الفعلين، وإذا وُجدا لايقع إلا واحدة لما ذكرنا.

وإن نوى أن يقع طلاقان، فهو على مانوى، لأن كلمة "في" لمّا جعل مجازاً عن

---

(1) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٨.

الشرط، صار كأنه قال: "أنت طالق إذا قمت][1] وإذا قعدت فأنت طالق تطليقة أخرى"، كذلك هنا.

ولو كانت قاعدةً فقال لها: "أنت طالق في قيامك وقعودك"، أو قال: "في قعودك وقيامك"، لم تطلق حتى تلبث ساعةً ثمّ تقوم، ولو قامت من ساعتها، لم تطلق حتى تَقعد بعد ذلك.

وكذا لو كانت قائمةً، فَدَامت على ذلك، لأن القعود والقيام ممّا يستدام، والدوام على مايستدام بمنزلة الإنشاء، قال الله تعالى: ﴿فَلَاتَقْعُدْ بَعْدَ الذِّكْرَى مَعَ الْقَوْمِ الظَّالِمِين﴾[2] وأراد به المكث.

فإذا دام على القيام أو القعود، كان ذلك كابتداء القيام والقعود، فيحنث، وبدون ذلك لايحنث، ولايكتفى بما سبق، لأن الشرط يُراعى في المستقبل، لا في الماضي.

وكذا لو قال: "أنت طالق في أكلك وفي شربك"، فأيّهما وجد، يقع الطلاق[3]، ولو فعلتهما، لايقع إلا واحدة، إلا أن ينويَ ثنتين.

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د)، وجاء في الأصل مكان المعكوفتين: "وثمة لو نوى وقوع الطلاقين يصح كأنه قال".

(٢) سورة الأنعام، الآية: ٦٨.

(٣) لأنه جعل كل فعل شرطا على حدة. انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٩.

كتاب العتاق[1]

باب من العبدين يعتق أحدهما على مال أو يعتق كل واحد منهما على مال

بني الباب على أصول:

منها: ما عرف في كتاب الطلاق: أن جهالة المحل لاتمنع الطلاق والعتاق[2]،

---

(١) "العتق": الحرية، و الخروج عن المملوكية، يقال: عتَق العبدُ عِتقا وعَتاقا، وهو عَتيق، وجمعه: عُتقاء، وعِتاق، مثل كِرام، وأعتقه مولاه، وقد يقام العتق مقام الإعتاق، والعِتق اسم منه، وهو في أصل اللغة: القوة مطلقا، يقال: عتق الفرخ، إذا قوي وطار، والإعتاق: إحداث القوة.
والعتق في الشرع: هو إثبات القوة الشرعية التي يصير بها المعتَق أهلا للشهادات والولايات، قادرا على التصرف في الأغيار، وعلى دفع تصرف الأغيار عن نفسه. كذا في «درر الحكام في شرح غرر الأحكام» لملا خسرو ٢/ ٢، وعرّفه السرخسي بأنه: عبارة عن إحداث المالكية والاستبداد للآدمي، ومن ضرورته انتفاء صفة المملوكية والرق، ولهذا يتعقبّه الوَلاء الذي هو كالنسب. انظر: «المغرب» ٢/ ٤١، «المصباح المنير» ص ٣٩٢، «أنيس الفقهاء» ص ١٦٨، «المبسوط» ٧/ ٦٠، «تبيين الحقائق» ٣/ ٦٦.

(٢) قد ذكر الإمام محمد رحمه الله بعض أحكام هذا الباب في "باب الطلاق الذي يقع على واحدة بغير عينها ثم يكون عليها بعينها والعتاق في ذلك"، فصل في العتق المبهم، راجع ص ٢٩٤ من كتاب الطلاق.

ويرجع في البيان إلى المبهم[1].

وإذا فات البيان بموته، يُوزّع على اعتبار الأحوال، إلا أن أحوال الرّقّ والحرمان أحوال باتفاق الروايات، وأحوال الإصابة حالة واحدة في عامة الروايات، وفي رواية هذا الكتاب أحوال الإصابة أحوال بمنزلة أحوال الرق[2] والحرمان.

وقيل: هو قول محمد رحمه الله، ووجهه أن في إصابة العتق حرمان الورثة، وأحوال الحرمان أحوال، وفي عامة الروايات فرق بينهما.

ووجه الفرق: أن إصابة الشيء بأسباب ممتنع، فإن المصاب بجهة، لايتصوّر إصابته بجهة أخرى، إذ لايتصور أن تكون العين الواحدة في حالة واحدة مملوكة بجهة البيع[3] والهبة.

وكذا من عتق بحال، لايتصور أن يعتق بحال آخر، بخلاف الحرمان؛ فإن الشيء الواحد جاز أن يكون ممنوعا عنه بأسباب: من الصوم، واليمين، وملك الغير، وكونه خمرا، فتَجتمع أسباب المنع على شيء واحد.

وأصل آخر: أن ما لايفيد من الكلام لايعتَبر[4]؛ لأن الكلام وُضِع للإفادة، فما

(١) في (ج) و (د): "إلى المبهم في البيان".

(٢) "الرق" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "البيع" زيادة من(ج) و (د)، وساقط من الأصل.

(٤) بناء هذه القاعدة ترجع إلى قاعدة رئيسية: «إعمال الكلام أولى من إهماله» مادة: ٦٠، وقاعدة أخرى: «إذا تعذّر إعمال الكلام يُهمل» مادة: ٦٢، «مجلة الأحكام العدلية»، وانظر: «الأشباه

لا يفيد يكون لغواً[١].

وأصل آخر: أن من عليه أحد المالين، إن كانا من جنس واحد يلزمه الأقلّ، لوقوع الشك في الزيادة[٢]، ولا يخيّر؛ لأنه يختار الأقل، فلا يفيد التخيير، فإن كانا من جنسين يخيّر؛ لأن التخيير مفيد.

وأصل آخر: أن الإعتاق ببدَل يتوقّف على القبول؛ لأن فيه الزام المال، فيتوقف على قبوله، والإعتاق بغير بدل إسقاط محض يتمّ بالمسقط.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل قال لعبدَيه: "أحدكما حُرّ على ألف"، فقالا: "قبلنا"، ثم قال: "أحدكما حُرّ على خمس مائة"، فقالا: "قبلنا"، ثم مات قبل البيان.

عتق من كل واحد منهما نصفه بنصف الألف، وبطل الكلام الثاني؛ لأن الكلام الأول توقّف على القبول، فإذا قبلا نزل العتق في أحدهما لوجود شرطه، وهو قبول مَن تناوله الإيجاب؛ لأنه تناول أحدهما غير عين، وفي قبولهما قبول ذلك الواحد[٣]، وبطل

والنظائر» لابن نجيم ص ١٣٥، «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص ١٢٨.

(١) قوله: "ما لا يفيد يكون لغوا"، ذكر الكاساني هذه القاعدة بعبارة: "ما لا فائدة فيه يلغو، ويلحق بالعدم". انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ٩٨.

(٢) ذكر العتابي هذا الضابط بصيغة: "متى تردّد بين الأقل والأكثر، ثبت الأقل، لأنه متيقن". «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ٣٧.

(٣) في (ج) و (د): "إحدهما" مكان "ذلك الواحد".

الكلام الثاني؛ لأنه جمع بين حُرّ وعبد، فكان كلامه خبرًا، فلايجعل إيجابًا.

ولايقال: إنما جعل خبرًا إذا ذكر المال الأول.

قلنا: يحتمل أنه أراد به الخبر بحَطّ بعض الألف، فلايجعل إيجاباً بالشكّ، وإذا بقي الكلام الأول، فما دام حيًا يرجع في البيان إليه؛ لأنه هو المبهم.

وإذا مات قبل البيان شاع العتق فيهما، فيعتق من كل واحد منهما نصفه، لأن كل واحد منهما يعتق في حال، ويرق في حال، فيعتق من كل واحد منهما نصفه، وإذا تَنَصّف العتق بينهما تنصّف المال؛ لأنه بيع.

ولو قال: "أحدكما حُرّ على ألف، أحدكما حُرّ على مائة دينار"، فقالا: "قد قبلنا"، فالخيار إلى المولى، إن شاء أوقَع العتق على أحدهما بالمالَين، وإن شاء أوقع عليهما بالمالين؛ لأن الإيجابين قد صَحّا.

أما الكلام[1] الأول، فظاهر، وكذا الكلام[2] الثاني؛ لأنه وجِد قبل القبول، والعتق ببدَل لاينزل قبل القبول، فكانا عبدين عند الكلام الثاني، وإذا صَحّا، فإذا قبِلا انصرف قبولهما إلى الكلامين؛ لأن القبول الواحد يصلَح قبولاً لإيجابات كثيرة.

ألاترى أن من قال لآخر: "بعت منك هذا العبد بألف درهم، وأجرت منك هذه الدار بكذا، وزوجتك أمَتي هذه بكذا"، فقال: "قبِلت"، كان جوابا للكلّ.

وكذا لو قال لامرأته: "أنت طالق ثلاثا بألف، أنت طالق ثلاثا بمائة دينار"، فقالت:

---

(١) "الكلام" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "الكلام" ساقط من (ج) و (د).

"قبلت"، يقع الطلاق الثلاث بالمالين.

وكذا لو قال لها: "أمركِ بيدكِ بألف، أمركِ بيدك بغير شيء"، فقالت: "اخترت نفسي"، يقع طلاقان، ويلزمها الألف.

وكذا لو قال: "اختاري اختاري اختاري"، فقالت: "اخترت الأولى أو الوسطى أوالأخيرة"، عند أبي حنيفة يقع الثلاث[1].

وإنما يخيّر المولى لاحتمال أنه أراد بالكلام الثاني عَين الذي أراده بالكلام الأول، فيعتق ذلك الواحد بالمالين؛ لأن التعليق لايمنع التعليق، كما لو خاطَبه، وقال: أنت حُرّ على ألف درهم، أنت حُرّ على مائة دينار، فقال: قبلت، يعتق بالمالين.

ويحتمل أنه أراد بالكلام الثاني غير الذي أراد بالكلام الأول، فيعتقان بالمالين، فكان محتملا، والتخيير مفيد، إلاأنه إن أوقع العتقَ على أحدهما بالمالين، يتّحد ولكن لايصل المال إليه سريعاً.

ولو أوقع عليهما يتعَدّد العتق، لكن يصل المال إليه سريعا، فكان التخيير مفيدًا.

---

(١) يقع الثلاث في قول الإمام أبي حنيفة، وعندهما تقع واحدة، وجه قولهما: أنها ما أوقعت إلا واحدة، فلا يقع إلا واحدة، لأن الوقوع باختيارها، ولم يوجد منه إلا اختيار واحدة، فلا تقع به الزيادة على الواحدة، ولأبي حنيفة: أن الزوج ملّكها الثلاث جملة، والثلاث جملة ليس فيها أولى ولا وسطى ولا أخيرة، فقولها: "اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة"، يكون لغوا، فيبطل تعيينها، ويبقى قولها "اخترت"، وإنه يصلح جوابا للكل. انظر «بدائع الصنائع» ٣/ ١٢٠.

فرق بين هذه المسألة وبين ما لو قال لغيره: بعت عبدي منك[1] بألف درهم، ثم قال قَبل القبول: بعت عبدي منك بمائة دينار، فقال قبلت[2]، فإنه يلزمه المال الثاني ولا يلزمه المالان[3]، والفرق أن البائع بالكلام الثاني قصَد إقامة الثمن الثاني مقام الأول، فصار راجعا ثمن الكلام الأول، فإنه يملك الرجوع قبل قبول المشترى، فبطل الكلام الأول.

أما في الطلاق والعتاق: الزوج والمولى لايملكان الرجوع قبل قبول المرأة والعبد؛ لأن كلاهما بمنزلة اليمين في حقهما، واليمين لازم، ولهذا لايبطل الكلام بقيامهما عن المجلس، وإذا بقي الكلام الأول كان الحكم ما قلنا.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أن في الطلاق والعتاق يبطل الكلام الأول أيضًا، وينصرف القبول إلى الكلام[4] الثاني كما في البيع؛ لأن المولى والزوج لايملكان الرجوع عن الطلاق والعتاق، وهنا لايرجعان عن الطلاق والعتاق، وإنما يرجعان عن البدل، ويقيمان البدل الثاني مقام الأول، وهما يملكان إبطال البدل، ألاترى أنه لو قال لها: "أنت طالق ثلاثا بألف، أنت طالق ثلاثا بغير شيئ"، يقع بغير شيئ، ويبطل البدل.

أو نقول: إن كانا لايملكان الرجوع عن البدل فالمرأة والعبد يملكان الردّ، وقد وجد الردّ؛ لأن قبولهما ينصرف إلى الكلام الثاني من حيث الظاهر، فكان ردًا للكلام الأول.

---

(١) في (ج) و (د): "منك عبدي".

(٢) في (ج) و (د): "فقبل".

(٣) قوله: "ولا يلزمه المالان" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "الكلام" ساقط من (ج) و (د).

والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأنهما كما لايملكان الرجوع عن التعليق، لايملكان التغيير؛ لأنه إبطال من وجه، وفي إقامة الشرط الثاني مقام الأول إبطال موجَب الكلام الأول؛ لأن موجب الكلام الأول نزول العتق عند قبول الألف، ولو صحّ إقامة الثاني مقام الأول لاينزل العتق عند قبول الألف.

وما قال: بأن قبول المرأة والعبد عقيب الكلام الثاني ردّ للكلام الأول. قلنا: إنما ينصرف القبول إلى الكلام الثاني إذا بطل الكلام الأول قبل القبول. ولم يبطل لما ذكرنا، فانصرف القبول إلى الكل.

ولو قال لعبدين له: أحدكما حرّ بألف، أحدكما حُرّ بمائة دينار، فقبلا، ومات المولى قبل البيان، شاع العتق فيهما، وعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه، ووجب المالان، على كل واحد منهما نصف المالين، ويسعى كل واحد منهما في ربع قيمته.

لأنه إن أراد بالإيجاب الأول والثاني واحدا، عتق الواحد بالمالين، وإن أراد بالكلام الثاني غيرَ الذي اراده بالأول(١)، عتقا جميعا(٢) بالمالين، فتيقنّا بعتق رقبة، وبقي عتق الآخر متردداً بين الثبوت والسقوط، فيتنصّف، فيعتق رقبة ونصف بينهما، لكل واحد منها(٣) ثلاثة أرباعه، وعلى كل واحد منهما نصف المالين؛ لأن الإيجاب الثاني إن تناول الأولَ وجب المالان على واحد، وإن تناول الآخرَ وجب المالان عليهما، فتيقنّا بوجوب المالين

---

(١) قوله: "الذي اراده" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "جميعا" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "منهما"

عليهما. وليس أحدهما بإيجاب أحد المالين أولى من الآخر، فيجب على كل واحد منهما نصف المالين.

ولو قال لمعيّن منهما: أنت حُرّ على ألف، أحدكما حُرّ على مائة دينار، فقبلا، ومات المولى قبل البيان، عتق المعيّن بألف درهم وخمسين دينارًا، وعتق نصف الآخر بخمسين دينارا، ويسعى في نصف قيمته.

أما المعيّن: فلأنا تيقنّا بعتقه؛ لأنه دخل في الكلام الأول، واتصل به القبول، وإنما يلزمه المال الأول ونصف المال الثاني لأنا تيقنّا بوجوب الألف عليه، والدنانير تلزمه في حال إن كان هو المراد بالكلام الثاني، ولاتلزمه إن كان المراد بالكلام الثاني غيره، فيلزمه نصفها.

أما الآخر: يعتق نصفه؛ لأنه إن أراده بالكلام الثاني يعتق، وإن أراد المعيّن لا يعتق الثاني، فالثاني يعتق في حال دون حال، فيعتق نصفه بنصف المال الثاني، ويسعى في نصف قيمته. فإن أشكل العبد المعروف، و هو[1] المعيّن، ثبت عتق ونصف بينهما، يعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه بنصف المالين، لما قلنا في المسألة الأولى.

ولو قال لعبديه في صحته: أحدكما حُرّ بألف درهم، والآخر بخمسمائة، فقبلا، عتقا، ويجب على كل واحد منهما خمسمائة، ولاخيارَ للمولى، أما عتق العبدين[2] لأن الإيجاب الثاني تناول غير الأول، وقد اتصل القبول بالإيجابين، فعتقا، وعلى كل واحد

(١) "المعروف وهو" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "عتقهما".

منهما خمسمائة؛ لأن على أحدهما ألف، وعلى الآخر خمسمائة، فتيقنّا بوجوب الخمسمائة على كل واحد منهما، وشككْنا في الزيادة، فلاتثبت الزيادة بالشكّ.

كرجلين قالا لرجل: "لك على أحدنا ألف، وعلى الآخر خمس مائة"، كان على كل واحد منهما خمسمائة، ولاخيار للمولى؛ لأنهما خرجا عن ملكه، فإنما يملك البيان في العتق المبهم لتمييز المملوك عن الحُرّ، فلايملك بعد عتقهما.

ولو قال: "أحدكما حُرّ على ألف، والآخر بغير شيئ"، فقبلا، عتقا بغير شيئ، أما العتق: لأن الإيجاب الثاني تناول غير الأول، ولايجب المال؛ لأن مَن عليه المال مجهول، فلايجب المال على كل واحد منهما[1] بالشك والاحتمال[2]، كرجلين قالا لرجل: "لك على أحدنا ألف"، لايقضي بشيئ لجهالة مَن عليه.

فرق بين هذه المسألة وبين ما تقدّم، إذا قال: "أحدكما حُرّ بألف، أحدكما حُرّ بمائة دينار"، فقبلا، كان له الخيار؛ لأن ثمّة لم يتيقن بنزول العتق فيهما، فيثبت الخيار لتمييز المملوك عن غير المملوك، وإذا ثبت الخيار في العتق، ثبت في المال تَبعا.

أما هنا: نزل العتق فيهما، فلو ثبت الخيار في المال، يثبت أصلا، والمال لايقبل التعليق بالخطر، فلايقبل التعليق بالبيان.

ولو قال: "أحدكما حُرّ بألف، والآخر بألفين"، فهو على وجهين: إما إن قبلا، أو قبل أحدهما، فإن قبلا، عتقا لما قلنا، وعلى كل واحد منهما ألف لما قلنا.

---

(١) قوله: "المال على كل واحد منهما" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "والاحتمال" ساقط من (ج) و (د).

وإن قبِل أحدهما، فهو وجوه ثلاثة: إما إن قال: "قبلت العتق بألف"، أو قال: "قبلت بألفين"، أو قال: "قبلت" ولم يزِد عليه.

ففي الوجه الأول لايعتق؛ لأن للمولى أن يقول: "ما عَنَيْتك بألف"، فلايعتق، كما لو قال: "أحدكما حُرّ بألف"، فقبِل أحدهما لايعتق، كذلك هنا.

ولو قال: "قبلت العتق بألفين"[1] عتق، لأنا تيقنا بقبول ما تعلق العتق به، سواء تعلق بألف أو بألفين؛ لأن في قبول الألفين قبولا للألف وزيادة، ولايلزمه الألف؛ لأن في وجوب الزيادة شكًّا.

قيل: هذا قولهما، أما على قول أبي حنيفة يجب أن لايعتق؛ لأن الألف غير الألفين، فقبول الألفين لايكون قبولاً للألف، وجعلوها فرعا لمسألة الشهادة.

ولو قال: "قبلت"، ولم يزد عليه[2] عتق أيضا؛ لأن القبول المطلق يصلح قبولا لهما، وعليه الألف؛ لأن في الزيادة شكا، فلايجب، كما لو قال لعبده: "أنت حُرّ على ألف أو ألفين"، فقال: قبلت[3]، عتق، وعليه ألف.

وكذا لو قال لامرأته: "أنت طالق على ألف أو ألفين"، فقبلت، يقع الطلاق ويلزمها الألف. وكذا لو قال لغيره: "لك عليّ ألف أو ألفان"، لزمه الأقل.

---

(١) قوله: "ولو قال قبلت العتق بألفين" ساقط من (ج) و (د)، وثبت مكانه: "وفي الوجه الثاني يعتق".

(٢) "ولو قال قبلت ولم يزد عليه" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "فقبل"

ولو قال: "أحدكما حُرّ بمائة دينار والآخر بألف درهم"، فقال أحدهما: "قبلت بألف درهم"، أو قال: "قبلت بمائة دينار"، لم يعتق، لأن للمولى أن يقول: "ما أردت إيّاك بهذا المال، وإنما أردتُك بالمال الآخر".

ولو قال أحدهما: "قبلت بالمالين"، أو قال: قبلتُ، وسكت، عتق، لأن القبول المطلق ينصرف إلى المالين، فبأيّ الإيجابين أريد فقد قبِل، ويعطي العبد أيّ المالين شاء، لأن الواجب أحد المالين[1]، والجنس مختلف، فكان الخيار لمن عليه، لأنه هو الملتزِم، كرجل قال لآخر: "لك عليّ ألف درهم أو مائة دينار"، كان البيان إليه.

ولو قال: "أحدكما حُرّ بألف درهم، والآخر بغير شيئ"، فقال أحدهما: "قبلت بألف"، عتق، لأنه إن أراده بالإيجاب بغير بدل، لايتوقّف على القبول، وإن أراده بالإيجاب بمال، فقد قبِل، فتيقنّا بالحُرّية، فيعتق الذي قبل.

ويقال للمولى: أوقِع العتقَ بغير بدل على أي العبدين[2] شئتَ، لأن الأمر متردّد بين أن يعتق أحدهما أو كلاهما، لأنه إن أوقَع العتقَ بغير بدل على القابل، لايعتق الآخر لعدم القبول.

وإن أوقع العتق بغير بدل على الذي لم يقبل، عتق القابل أيضا بالإيجاب ببدل، فإذا وقع الشكّ في عتق الثاني، يرجع في البيان إليه.

فإن أوقع العتق بغير بدل على الذي قبِل، عتق هو بغير شيئ، ويبقى الآخر عبدا،

---

(١) في (ج) و (د): "أحدهما"

(٢) في (ج) و (د): "ايهما".

وإن أوقعه بغير بدل على الذي لم يقبل، عتق هو بغير شيئ، وعتق القابل بألف لوجود القبول.

ولو مات المولى قبل البيان، وكانت المقالة في الصحّة، عتق من الذي لم يقبل نصفُه بغير شيئ، ويسعى في نصف قيمته، لأنه يعتق في حال دون حال، فيعتق نصفه، وعتق الآخر كله بخمسمائة، لأنه حُرّ على كل حال، ويلزمه خمسمائة، لأن عليه الألف في حال دون حال، فيلزمه نصف الاول[1].

فإن قيل: هذا إيجاب المال بالشكّ، لأنه إن أريد بالإيجاب بغير شيئ، لاشيئ عليه، وإن أريد بالكلام الآخر، عليه ألف، فلايجب المال بالشك.

قلنا: ليس كذلك، لأن الإيجابين قد صحا، وتناول كلّ واحد منهما عبدا، واستحقّ كل واحد منهما عتق رقبة، فإذا وقع اليأس عن البيان بموت المولى، شاع العتقان فيهما، أحدهما ببدل، والآخر بغير شيئ، فصار العتق بغير بدل بينهما، فيعتق من كل واحد منهما نصفه بغير شيئ، والعتق بمال أيضا بينهما، وقد قبِل أحدهما، فيثبت له حُرّية النصف بنصف الألف، وبطل في حق الآخر لعدم القبول، فلايعتق منه إلا النصف بغير شيئ.

ولو قال: "أحدكما حُرّ بألف والآخر بمائة دينار"، فقبِلا، عتقا ولاشيئ عليهما، لأنه علّق عتقهما بالقبول، وقد وجد.

وأما عدم وجوب المال جواب ظاهر الرواية.

---

(١) في (ج) و (د): "نصفه"

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب المال، والخيار إلى العبدين، يعطي أيّ المالين شاء، وجعل هذا نظير ما لو قال لعبده: "أنت حُرّ على ألف درهم أو مائة دينار"، فقبل عتق، وكان الخيار للعبد، يعطيه أيّ المالين شاء.

ووجه التسوية: لأن المولى ما رضي بزوال الملك مجّانا، وإذا بطل خيار المولى لنزول العتق فيهما، كان الخيار للعبدين، كما في تلك المسألة، وكما لو قال لعبدين له: "أحدكما حُرّ بألف درهم والآخر بمائة دينار"، فقبل أحدهما، عتق، وتعيين المال إليه، كذلك هنا.

وجه ظاهر الرواية: أنه لاوجه لثبوت الخيار للعبدين، لأنه ربما يختار كلُ واحد منهما ألف درهم، فيأخذ المولى منهما ألفَي درهم أو مائتي دينار، وذلك باطل.

بخلاف تلك المسألة، لأن ثمّة أيّهما اختار، كان المولى أخذ عَين حقه، فأثبتنا الخيار ثمّة، ولم نُثبته ههنا.

وكذا لو كان مكان الدنانير كرّ حنطة، عتقا ولاخيار للعبدين، لأنه ربما يختار كل واحد منهما[1] الحنطة، فيصير المولى آخذا كرى حنطة، فيكون آخذا غيرَ حقه.

وكذا لو قال لامرأتيه: "إحداكما طالق على ألف درهم والأخرى على مائة دينار"، فقبلَتَا، بانت كل واحدة منهما بتطليق[2]، ولاشيء على واحدة منهما، وإنما كان الطلاق بائنا، لأنا تيقنّا بوجوب الدراهم على إحداهما، والدنانير على الأخرى، إلاّ أنه تعذّر

(١) "منهما" ساقط من (ج) و (د).

(٢) قوله: "بانت كل واحدة منهما بتطليقه" ساقط من (ج) و (د).

الاستيفاء بحكم الجهالة، فلاتبطل صفة البَينونة، كما لو تعذر الاستيفاء بإفلاس المرأة.

وكذا لو قال: "إحداكما طالق على كر حنطة وسط، والأخرى على كر شعير وسط"، فقبلتا، بانت كل واحدة منهما بتطليقة، ولاشيء عليهما، ولا يكون الخيار[1] للمرأتين.

ولو قال لامرأة واحدة: "أنت طالق على ألف درهم أو مائة دينار"، فقبلت، وقع عليها[2] الطلاق، والخيار لها، تعطي أيّ المالين شاءت.

واستوضح هذا بما لو قال لرجل: "لك عليّ مائة درهم أو عشرة دنانير"، فادّعى المقرّ له المالَين جميعا[3] يحلف المقِرّ على دعوى المقر له، ثم يعطيه أيّ المالين شاء.

ولو أن رجلين قالا لرجل: "لك على أحدنا الف[4]، وعلى الآخر مائة دينار"، فادّعى الدنانيرَ على أحدهما الالف[5] على الآخر، لايجب على واحد منهما شيء، ولاخيار لهما، كذلك ههنا.

ولو قال المولى: "أحدكما حُرّ بغير شيء، أحدكما حُرّ بألف"، فقبلا، جميعا[6]

(١) في (ج) و (د): "ولاخيار بدل ولا يكون الخيار"

(٢) "عليها" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "جميعا" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د): "مائة درهم"

(٥) في (ج) و (د): "والدراهم"

(٦) "جميعا" ساقط من (ج) و (د).

عتق أحدهما بغير شيئ، وخيار التعيين إليه، لأنه لـمّا قال: "أحدكما حُرّ بغير شيئ"، عتق أحدهما، لأن الإعتاق بغير بدل لايتوقّف على القبول، فبقي الكلام الثاني خبرا، وإذا جعل خبرا، صار كأنه[1] لم يتكلم إلا بالأول، فيكون الخيار إليه.

فإن قيل: كيف يجعل الكلام الثاني خبرا، والخبر يقتضي سبق المخبر به، والسابق إعتاق بغير بدل؟

قلنا: هذا الكلام خبر صيغة[2]، فلو جعل إنشاءً وتعليقا للحُرّية بقبول الألف، لايبقى خبرا أصلا، فكان جعله مخبرا عن الحُرّية مخطئا في الجهة أولى.

ولو قال: "أحدكما حُرّ بألف"، فقبلا ثم قال: "أحدكما حُرّ بغير شيئ"، فالكلام الثاني باطل لما قلنا: إنه خبر، و يقال للمولى: أوقع العتق بألف على أيّهما شئت، لأن أحدهما مملوك، فيملك التعيين، فإذا عيّنه يلزمه الألف لوجود القبول.

ولو قال: "أحدكما حُرّ بألف، أحدكما حُرّ بغير شيئ"، فقالا: قد قبلنا[3]، عتقا بغير شيئ، لأن العتق لم ينزل بالكلام الأول قبل القبول، فصحّ الكلام الثاني كما صح الكلام[4] الأول، والأول يوجب العتق بألف، والثاني يوجب بغير الف[5]، فإذا عتق

---

(١) في (ج) و (د): "كان".

(٢) في (ج) و (د): "حقيقة"

(٣) في (ج) و (د): "فقبلا".

(٤) "الكلام" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "الف" ساقط من(ج) و (د).

أحدهما بالكلام الثاني تعيّن الآخر للتعليق، فإذا قبِلا جميعا[1]، فقد قبِل من تعلّق العتق الأول بقبوله، فعتق ضرورة.

كرجل قال لعبدين له[2]: "أحدكما حُرّ غدا"، ثم أعتق أحدهما الساعة، ثم جاء غد، عتقا.

وكرجل قال لعبدين له: "أحدكما حُرّ، إن شاء أحدكما حُرّ"، ثم شاءا جميعا العتق الأول، عتقا جميعا[3] لما قلنا، كذلك هنا، ولا شيء عليهما لجهالة مَن عليه، ولا خيار للمولى لزوال الملك عنهما.

---

(١) "جميعا" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "كما لو قال لعبديه".

(٣) "جميعا" ساقط من (ج) و (د).

باب العبيد الذين يعتق المولى بعضهم ثم يعيد العتق على من يعتق أو على غيره

بنى الباب على أصول تقدم ذكرها في الباب الأول، وعلى أن كلمة «أو» إذا دخلت بين إيجابين، كان الثابت أحدهما، لأنها[1] وضعت لتناول الواحد من الجملة[2]، ولهذا

---

(١) في (ج) و(د): "لأنه".

(٢) ذكر السرخسي في أصوله أن كلمة "أو" تدخل بين اسمين أو فعلين، وموجبها باعتبار أصل الوضع يتناول أحد المذكورين، وقد ظن بعض المشايخ أنها في أصل الوضع للتشكيك، فإن قال: "رأيت زيدا أو عمرا" يكون مخبرا برؤية أحدهما غير عين على أنه شاك في كل واحد منهما، يجوز أنه يكون قد رآه، ويجوز أن يكون لم يره، إلا أن في الإنشاءات والمر والنهي يتعذّر حماه على التشكيك، فإن ذلك لا يكون إلا عند التباس العلم بالشيء فيحمل على التخيير، وتعقّب عليه السرخسي بأنه غير صحيح، لأن الشك ليس بأمر مقصود حتى يوضع له كلمة في أصل الوضع، ولكن هذه الكلمة لبيان أن المتناول أحد المذكورين على إثبات صفة الإباحة في كل واحد منهما، إلا أن في الإخبار يفضي إلى الشك باعتبار محل الكلام، لا باعتبار هذه الكلمة، فلو قال: "هذا العبد حر أو هذا" فهو وقوله: "أحدهما حر" سواء، يتناول الإيجاب أحدهما، ويتخيّر المولى في البيان، على أن يكون بيانه ابتداء من وجه حتى يشترط لصحة البيان صلاحية المحل للإيقاع، ومن وجه هو تعيين للواقع. «أصول السرخسي» ١/ ٢١٣.

تناولت أحدَ الأشياء الثلاثة في الكفارة[1].

في الباب فصلان: أحدهما في إعادة الكلام، والثاني في اختيار المبهم.

أما الأول:

قال محمد رحمه الله: رجل له أربعة أعبد: سالم، وبزيغ، وفرقد، ومبارك، قيمتهم على السّواء، فقال في صحته: سالم وبزيغ حُرّان، أو بزيغ وفرقد حُرّان، أو فرقد ومبارك حُرّان، يقال له: بيِّن، لأنه تكلّم بثلاث كلمات، كلّ كلام يفيد غيرَ ما أفاده الآخر، وقد أدخل كلمة "أو" بين الكل، فكان الثابت أحدها، والإبهام جاء من جهته، فيرجع إليه في البيان.

فإذا اختار الكلام الأول عتق سالم وبزيغ، وإن اختار الكلام[2] الثاني، عتق بزيغ وفرقد، وإن اختار الكلام[3] الثالث، عتق فرقد ومبارك، ولو لم ينص على اختيار الكلام، ولكن قال: عَنيتُ سالما، عتق سالم وبزيغ معه، لأن سالما لم يدخل إلا في الكلام الأول، فكان تعيينه بمنزلة اختيار الكلام الأول، فيعتق من تناوله الكلام الأول.

وكذا لو قال: عنَيت مباركا، عتق فرقد معه، لأنه اختار الكلام الثالث، لأن مباركا

---

(١) إشارة إلى قوله تعالى: "فكفّارتُه إطعَامُ عَشرَةِ مساكين من أوسَطِ ما تُطعمُونَ أهليكُم أو كِسوتُهم أو تَحرير رَقَبَة" المائدة: ٨٩، فإن الواجب في الكفارة أحد الأشياء المذكورة مع إباحة التكفير بكل نوع منهما على الانفراد.

(٢) "الكلام" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "الكلام" ساقط من (ج) و (د).

لم يدخل إلا في الايجاب[1] الثالث، فيعتق معه من كان داخلا فيه.

وإن قال: عنيت بزيغا يرجع في البيان إليه ثانيا. وكذا لو قال: عنيت فرقدا، لأن بزيغا دخل في الإيجاب الأول والثاني، فلايرتفع الإبهام بتعيينه. وكذلك فرقد دخل في الإيجاب الثاني والثالث، فيرجع في البيان إليه حتى يُبيّن أنه أعتقه بالكلام الثاني أو الثالث.

وإن مات قبل البيان، عتق ثلث سالم، لأنه يعتق في حال إن كان المراد هو الكلام الأول، وإن كان المراد هو الكلام الثاني أو الثالث لايعتق، فيعتق في حال، ويرق في حالين.

وأحوال الرق أحوال، فيعتق ثلثه، ويعتق ثلث مبارك، لأنه إن أراد الكلام الثالث يعتق، ولايعتق إن أراد الكلا الأول أو الثاني، فيعتق ثلثه، ويعتق ثلثا بزيغ، لأنه إن أراد الكلام الأول أو الثاني يعتق، وإن أراد الكلام الثالث لايعتق، فهو يعتق في حالين، ويرق في حال. وأحوال الإصابة أحوال في رواية هذا الكتاب.

وقيل: هو قول محمد رحمه الله، فيعتق ثلثاه، ويعتق ثلثا فرقد، لأنه يعتق بالكلام الثاني والثالث، ولايعتق بالكلام الأول، فيعتق ثلثاه.

ووجه آخر: أنا تيقنّا بعتق عبدين، لأن أحد الإيجابات ثابته[2] بيقين، فيعتق رقبتان، وقد أصاب سالم ثلث عتق، ومبارك كذلك، فيبقى رقبة وثلث رقبة بين الباقيَين،

---

(١) في (ج) و (د): "الكلام".

(٢) في (ج) و (د): "ثابت".

فيعتق من كل واحد منهما ثلثاه.

وإن كان القول في المرض، فإن خرجوا من ثلث ماله أو أجازت الورثة فكذلك، وإن لم يكن له مال سواهم، ولم يجيزوا، عتقوا من الثلث، لأن الإعتاق في مرض الموت وصيّة، والوصايا إنما تُنفذ من الثلث، فيقسّم الثلث بينهم.

وتفسير ذلك أن يضرب كل واحد منهم بحقه في الثلث، فسالم يضرب في الثلث بثلث عتق، ومبارك كذلك، وبزيغ وفرقد يضرب كل واحد منهما في الثلث بثلثي رقبة، فبلَغ سهام العتق ستة، وسهام الوصايا متى بلغت مبلغا، يجعل ثلث المال ذلك المبلغ، لأنها[1] تنفذ من الثلث.

وإذا جعلنا ثُلثَ المال ستة كان كل المال ثمانية عشر، والمال أربع رقاب، فتصير كل رقبة أربعة ونصفا انكسر الحساب[2]، فتضعفه، فيصير ستة وثلاثين، كل رقبة تسعة، وصار سهم[3] الوصايا ضعف ما كان قبل التضعيف، وقبل التضعيف كان حق سالم في سهم، وكذا حق مبارك، فصار حق كل واحد منهما في سهمين، وصار حق كل واحد من الآخرين في أربعة، فسالم يعتق منه سهمان، ويسعى في سبعة، وكذا مبارك، ويعتق من كل واحد من الباقيَين أربعة، ويسعى في خمسة، فبلغ سهام العتق اثني عشر، وسهام السعاية أربعة وعشرين، فيستقيم الثلث والثلثان.

---

(١) في (ج) و (د): "لأنه".

(٢) "الحساب" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "سهم".

ولو كان العبيد ثلاثة: سالم، وبزيغ، ومبارك، فقال في صحته: سالم حُرٌ أو بزيغ حُرٌ، أو مبارك وبزيغ حُرّان، خيّر المولى لما قلنا، فإن اختار الكلام الأول، عتق سالم، وإن اختار الكلام الثاني، عتق بزيغ، وإن اختار الكلام الثالث، عتق مبارك وبزيغ، وإن عيّن العبيد فقال عنيت بزيغا، يقال له: بيّن بأيّ الكلامين عنيته، لأنه داخل في الكلامين، فإن بيّنَ [عتقه][1] بالكلام الثاني، عتق وحدَه، وإن بيّن عتقه بالكلام الثالث، عتق مبارك معه.

وإن مات قبل البيان، عتق ثلث سالم وثلث مبارك، لأن كل واحد منهما لم يدخل إلا في إحدى الإيجابات الثلاثة، فكل واحد منهما يعتق في حال، ويرق في حالين، فيعتق ثلثه، ويعتق من بزيغ ثلثاه، لأنه يعتق في حالين إن أراد الكلام الثاني أو الثالث، ولا يعتق في حال إن اختار الكلام الأول فيعتق ثلثاه.

أو نقول: في حالين يعتق رقبة واحدة، وفي حال يعتق رقبتان، فيثبت عتق، وثلث [عتق][2] بينهم، وسالم استحق ثلث العتق، ومبارك كذلك، بقي ثلثا عتق لبزيغ لفضل حاله.

وإن كان القول في المرض، وخرجوا من الثلث، أو أجازت الورثة فكذلك، وإن لم يخرجوا من الثلث، ولم تجز الورثة، قسّم الثلث بينهم على قدر حقوقهم وسهامهم، أربعة سهم لسالم، وسهم لمبارك، وسهمان لبزيغ، فبلغ أربعة، فجعلنا ثلث المال أربعة، فصار

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) "عتق" زيادة من (ج) و (د).

كل عبد على أربعة، عتق من سالم سهم، ويسعى في ثلاثه، ومن مبارك كذلك، وعتق من بزيغ سهمان، ويسعى في سهمين، فبلغ سهام العتق أربعة، وسهام السعاية ثمانية، فاستقام الحساب.

ولو قال لعبدين له: سالم حُرّ أو بزيغ حُرّ أو هما جميعا حُرّان، صحت الإيجابات، ويخيّر المولى لما قلنا، فإن اختار الكلام الأول عتق سالم، وإن اختار الكلام الثاني عتق بزيغ، وإن اختار الكلام الثالث عتقا، وإن مات قبل البيان عتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه.

وعلى قياس ما تقدم وجب(١) أن يعتق من كل واحد منهما ثلثاه لوجهين: أحدهما: أن سالما يعتق في حالين إن أراد الكلام الأول أو الثالث، ولا يعتق في حالة واحدة إن أراد الكلام الثاني، وكذلك بزيغ يعتق إن أراد الكلام الثاني أو الثالث، ولا يعتق إن أراد الكلام الأول.

وعلى رواية هذا الكتاب أحوال العتق أحوال، فيعتق من كل واحد منهما ثلثاه، ولأن عتق رقبة ثابت بيقين، والآخر يعتق في حال إن أراد الكلام الثالث، ولا يعتق في حالين إن أراد الكلام الأول أو الثاني، فيعتق ثلثاه، فصار عتق رقبة وثلث بينهما، فيعتق من كل واحد منهما ثلثاه.

وجه جواب الكتاب أنه لم يدخل معهما غيرهما، وماخصّ أحدهما بإعادة الكلام، بل سَوّى بينهما في الإفراد والجمع، وفي مثله يعتبر الحاصل، كما لو قال: سالم حُرّ أو

(١) في (ج) و (د): "ينبغي".

بزيغ حُرّ، وكرّر ذلك غيرَ مرّة فإنه لايعتبر، وإنما يعتبر الحاصل، ويجعل كأنه قال: أحدكما حُرّ، كذلك هنا.

قوله: "سالم حُرّ أو بزيغ حُرّ" في الحاصل لايفيد إلاحُرّية واحدة، فصار كأنه قال: أحدكما حُرّ، أو أنتما حُرّان، ولو صرّح بذلك يعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه، لأن أحدهما حُرّ بيقين، والآخر يعتق في حال دون حال، فيعتق نصفه، فصار عتق ونصف بينهما، فيعتق من كل واحد منها ثلاثة أرباعه.

ولو كان ذلك في المرض، ولم يخرج من الثلث، ولم تجز الورثة، كان الثلث بينهما نصفين.

ولو قال لثلاثة أعبد: سالم حُرّ، أو بزيغ حُرّ، أو سالم وبزيغ ومبارك أحرار، يخير لما قلنا، وإن مات قبل البيان، عتق ثلثا سالم وثلثا بزيغ وثلث مبارك، لأنه أدخل معهما في الجمع غيرهما، فيعتبر فيه إعادة الكلام، فسالم يعتق في حالين إن أراد الكلام الأول أو الثالث، ولايعتق في حال إن أراد الكلام الثاني. وكذلك بزيغ يعتق إن أراد الكلام الثاني أو الثالث، ولايعتق إن أراد الكلام الأول، فيعتق من كل واحد ثلثاه، ومبارك يعتق في حالة واحدة إن أراد الكلام الثالث، ولايعتق في حالين إن أراد الكلام الأول أو الثاني، فيعتق ثلثه.

ولو قال لثلاثة أعبد: أنت يا فلان حُرّ أو أنت يا فلان حُرّ، أو أنت يا فلان حُرّ أو كلكم أحرار، فهو في الاستحسان كأنه قال: أحدكم حُرّ أو كلكم أحرار، يعتق من كل واحد ثلثه، لأنه سوّى بينهم في الإفراد والجمع، فصار كأنه قال: أحدكم حُرّ أو كلكم

أحرار، ولو قال هكذا يعتق من كل واحد ثلثاه، لأن الثابت أحد الإيجابين، فعتق الواحد ثابت بيقين، وعتق الباقين ثابت في حال دون حال، فينتصف، ويثبت نصفه، فصار العتقان بين الثلاثة، فيعتق من كل واحد منهم ثلثاه.

وأما الفصل الثاني:

رجل له ثلاثة أعبد، فقال: أنت يا فلان حُرّ، أو أنت يا فلان، أو أنت يافلان، ثم جمع بين اثنين منهم وقال: أحدكما عبد، فإنه يؤمر بالبيان ما دام حي، لأن الثابت عتق أحدهم غير عين، وبقوله للمجموعين: "أحدكما عبد" لايتعين المعتق، فيؤمر بالبيان، وإن مات قبل البيان عتق نصف المفرد، ومن كل واحد من المجموعين ربعه.

وقال في «الجامع الكبير»: يبطل الكلام الآخر، ويعتق من كل واحد ثلثه.

وقيل: ذلك قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

ووجهه: أن أحد المجموعين عبد، قال ذلك أو لم يقل، لأن ما مضى من الكلام لايوجب إلا عتق رقبة، فكان أحد المجموعين عبدا، وكان كلامه خبرا، فيجعل وجوده كعدمه، كما لو جمع بين حُرّ وعبد وقال: أحدكما حُرّ.

وجه رواية هذا الكتاب: أن حمل الكلام على الإفادة واجب ما أمكن[1]، وهنا

(١) ذكر السرخسي هذه القاعدة بعبارة: "حمل أمور المسلمين على الصحّة واجب" انظر المبسوط ١٣/ ٦٠، ١٧/ ٦٢، ١٨/ ٨٥، وقال الونشريسي: "حمل تصرفات العقلاء على الاعتبار أحق وأولى من حملها على الإلغاء والهدر". «المعيار المعرب والجامع المغرب» عن فتاوى علماء أفريقية والأندلس والمغرب لأحمد بن يحيى الونشريسي المتوفى ٩١٤ هـ ٤/ ٣٦٤ خرجه بإشراف

أمكن حمل كلامه على الفائدة، وعلى ما هو مستحق عليه، وهو البيان بأن يجعل هذا إخراجا لأحد المجموعين عن منازعة المفرد في العتق، فقبل هذا الكلام كان العتق بين الثلاثة.

وبعد هذا الكلام يبقى العتق بين المفرد وبين أحد المجموعين، فيكون للمفرد نصفه، والنصف بين المجموعين، فيحمل عليه ليكون آتيا بالبيان وإن كان ناقصًا، ألاترى أنه لو قال للمجموعين: اخترتُ أن يكون أحدكما عبدا، كان هذا إخراجا له من العتق، وكذا لو قال: اخترت أن يكون العتق الذي أوقعته على هذا المفرد أو أحد هذين، كان هذا على الاتفاق مثل رواية هذا الكتاب في الفصل الأول.

ووجه الفرق على رواية الجامع بين هذا ومسألة الكتاب: أن قوله: "اخترت" إنشاء لايحتمل الخبر، وإذا لم يكن خبرا كان إخراجا لأحدهما عن المنازعة.

وكذا لو جمع بين اثنين منهما وقال: أحدكما مدبّر، كان صحيحا باتفاق الروايات[1]، ويؤمر ببيان العتق والتدبير ما دام حيا، لأن قوله: "أحدكما مدبّر" لايصلح خبرا، فكان إنشاءً، وإن مات قبل البيان عتق نصف المفرد، وربع كل واحد من المجموعين بالعتق الباتّ، ونصفه بالتدبير، إلا أن ما يعتق بحكم التدبير يعتق من الثلث، لأن التدبير وصية.

وإنما كان كذلك لأن بالكلام الثاني خرج أحد المجموعين عن مزاحَمة المفرد في

الدكتور محمد حجي دار الغرب الإسلامي - بيروت.

(١) في (ج) و (د) "بالاتفاق".

العتق البات، فبقي العتق البات بين المفرد وأحد المجموعين، فيعتق نصف المفرد، وبقي نصف العتق بين المجموعين، فيعتق من كل واحد منهما رُبعه لعدم الأولويّة، [وتدبير الرقبة أيضا بينهما، لأنه صح إنشاء]،[1] فيعتق من كل واحد منهما نصفه بحكم التدبير.

ولو قال لأحدهم بعينه: "أنت يا فلان عبد"، بقي العتق بين الآخرين نصفين إن مات قبل البيان، لأن العتق كان بينهم، فإذا قال لأحدهم: "أنت يا فلان عبد" فقد أخرجه عن المنازعة، فبقي العتق بين الآخرين.

ولو قال لاثنين منهم: "اخترت أن يكون أحدكما عبدا"، لايقع عليه من عتقي[2] الذي أو قعته شيئ، ثم يجمع بين أحد هذين وبين المفرد، وقال لهما مثل هذه المقالة، فإنه يؤمر بالبيان مادام حيا، فإن مات قبل البيان، عتق من المجموعين في الكلام الآخر من كل واحد منهما ربعه، ومن المفرد نصفه، لأنه أتى بكلامين متضادّين، لأن حكم الكلام الأول أن يكون للمفرد الأول نصفه، [ولكل واحد][3] من المجموعين في الأول ربعه، وحكم الكلام الثاني أن يكون للمفرد الآخر نصفه، والنصف بين المجموعين في الكلام الآخر، ومن أتى بكلامين متضادّين يجعل آخرهما ناسخا للأول إذا كان الأول مما يحتمل الإبطال.

ألاترى أن من باع عبدا بألف، ثم جدّد البيع بألف وخمسمائة أو بمائة دينار، يبطل البيع الأول، وبعد الكلام الأول كان هو بسبيل من إبطال حكمه، فإنه لو قال بعد الكلام

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د)

(٢) في (ج) و (د): "عتق".

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د)

الأول لأحد المجموعين: "إيّاه عنيت بالعتق عتق الذي عينه"، ويبطل حق المفرد الأول، فإذا تكلم بالكلام الثاني بطل حكم الأول، وكان الحكم للثاني.

ولو قال لأربعة أعبدٍ قيمتهم على السواء: "أحدكم حُرّ"، ثم قال لسالم وبزيغ: اخترت أن يكون أحدكما عبدا، ثم قال لبزيغ وفرَقد: "اخترت أن يكون أحدكما عبدا"، ثم قال لفرقد ومبارك: "اخترت أن يكون أحدكما عبدا"، ثم مات قبل البيان، قال: يعتق ثلث سالم وثلث بزيغ، وسدس فرقد وسدس مبارك، لأن حكم الكلام الأول أن يكون العتق بين أحد المجموعين في الكلام الأول، وهما سالم وبزيغ، وبين فرقد ومبارك. وحكم الكلام الثاني العتق بين أحد المجموعين في الكلام الثاني، وبين الباقيين، وحكم الكلام الثالث غيره.

وقد ذكرنا أن المعتبر هو الكلام الثاني[1]، ويجعل كأنّ الأول والثاني لم يكن، ولو لم يكن الكلام الأول والثاني، وتكلم بالثالث، ومات، كان العتق بين أحد المجموعين وبين المفردين أثلاثا، لكل واحد من المفردين ثلث العتق، والثلث لأحد المجموعين، ثم ما أصاب أحد المجموعين يكن بين المجموعين لعدم الأولوية، فيعتق من كل واحد منهما سدسه. فكذا إذا تكلم بالكلام الأول ثم تكلم بالثاني ثم بالثالث، وبطل الأول والثاني بالثالث.

رجل قال لثلاثة أعبد: "أنت يا فلان حُرّ"، أو "أحدكما" للباقيين، أو "أحدكم" جميعا، فإنه يؤمر بالبيان، لأنه خيّر نفسه بين إيجابات ثلاثة، كل كلام يفيد غير ما أفاده

(١) في (ج) و (د): "الثاني".

الآخر، فيرجع في البيان إليه، فإن مات قبل البيان عتق من المفرد أربعة اتساعه، ويسعى في خمسة اتساعه، ويعتق من كل واحد من الآخرين تسعان ونصف، ويسعى كل واحد في ستة اتساع ونصف تسع، لأن الثابت بهذه الكلمات ليس إلاعتق رقبة واحدة، وكل كلام يثبت في حال دون حالين، فيثبت ثلث ما يقتضيه كل كلام.

فالثلث الذي يثبت بالكلام الأول للمفرد خاصة. والثلث الذي يثبت بالكلام الثاني بين الباقيين، والثلث الذي يثبت بالكلام الثالث بينهم أثلاثا، فيحتاج إلى حساب، له ثلث، ولثلثه ثلث، أقل ذلك تسعة. فجعلنا كل رقبة تسعة، عتق من المفرد بالكلام الأول ثلثه، وهو ثلاثة، وبالكلام الثالث ثلث الثلث، وذلك سهم، فصار له أربعة، فيعتق منه أربعة اتساعه، ويسعى في خمسة اتساعه، وعتق من الباقيين من كل واحد منهما سهم ونصف بالكلام الثاني، وسهم بالكلام الثالث، فيعتق من كل واحد منهما سهمان ونصف، وهو تسعان ونصف، ويسعى فيما بقي.

ولو قال: "أنت يا فلان حرٌ"، ثم جمع بينه وبين أحد الباقيين بعينه، وقال: "أو أحدكما حرٌ"، ثم قال: "أو أحدكم حرٌ"، ثم مات قبل البيان، عتق من المفرد خمسة اتساع ونصف تسع، ومن الثاني تسعان ونصف، ومن الثالث تسع واحد، لأن الثابت بكل كلام ثلث العتق[1] لما قلنا، فالثلث الذي يثبت بالكلام الأول للمفرد خاصة، والثلث الذي يثبت بالكلام الثاني بين المفرد والمضموم إليه نصفين، والثلث الذي يثبت بالكلام الثالث بينهم أثلاثا.

(١) في (ج) و (د) "عتق".

فالمفرد أصاب مرّة ثلاثة، ومرة سهما ونصفا، ومرة سهما واحدا، فحصل له خمسة ونصف، وهو خمسة اتساع ونصف تسع، والثاني أصاب مرة سهما ونصفا، ومرة سهما واحدا، فكان له تسعان ونصف، والثالث أصاب سهما واحدا.

ولو قال: أحدكم حرٌ، أو أنت يا فلان، أو أنت يا فلان، عتق من المفردين من كل واحد منهما أربعة اتساعه، ومن الثالث تسع واحد، لأن الثابت بكل كلام ثلث العتق، فالثلث الذي ثبت بالأول، بينهم أثلاثا، لكل واحد سهم، والثلث الذي ثبت بالكلام الثاني، للذي خاطبه بالكلام الثاني، والثلث الذي ثبت بالكلام الثالث، للذي خاطبه بالثالث، فكان لكل واحد من المفردين أربعة، وللثالث سهم.

باب من العتق، والتدبير ما يقع منه وما لايقع لأنه صادق فيه

بني الباب على أن ما دارَ بين الخبر والإنشاء لايجعل إنشاءً، وأن كلمة «أو» إذا دخلت بين إيجابين يراد بها الواحد.

وفي الباب فصلان: أحدهما: ثلاثة أعبد فيهم مدبّر[1] معروف، والثاني: ليس فيهم مدبّر معروف.

أما الفصل الأول:[2]

قال محمد رحمه الله: رجل له ثلاثة أعبد قيمتهم على السواء، لامال له غيرهم، وأحدهم مدبّر، فقال في صحته: أحدكم حرٌ أو مدبّر، فهذا الكلام باطل، لايقع به شيء.

---

(١) "المدبر": اسم مفعول، من دبّر تدبيرا، والدُّبُر بضمتين: خلاف القبل في كل شيء، ومنه يقال لآخر الأمر: دُبُرٌ، ومنه دبّر الرجل عبدَه تدبيرا، إذا أعتقه بعد موته، لأن الموت دبر الحياة، والتدبير في الأمر: النظر إلى ما تؤول إليه عاقبته.

والمدبّر شرعا: عرّفه الفقهاء بأنه: "تعليق العتق بالموت". وذكر الجرجاني نوعين له، فالمطلق منه: أن يعلّق عتقه بموت مطلق، مثل: "إن مت فأنت حر"، أو بموت يكون الغالب وقوعه، والمقيّد منه: أن يعلقه بموت مقيد، مثل: "إن متّ في مرضي هذا فأنت حر". انظر: «المصباح المنير» ص ١٨٨، «التعريفات» ص ٢٦٥، «أنيس الفقهاء» ص ١٦٩.

(٢) "الفصل" ساقط من (ج) و(د).

وكذا لو قال: "أحدكما مدبّر أو حُرّ"، لأن المعمول به أحد الكلامين قضيّة لكلمة "أو"، وقد صار أحد الكلامين معمولا به خبرا، وهو قوله: "أو مدبّر"، لأنه صادق فيه، فبطل الآخر، لأنه لما صار قوله: "أحدكم مدبّر" خبرا، صار لغواً، بقي "أحدكم حُرّ" وقد أخرجه على التمثيل والتردّد، فلايجعل إيجابا بالشك، إذ حكم بأنه لايثبت بالشكّ.

ولو قال: "اثنان منكم مدبّران"، فإن كان له مال، يخرج الرقبتان من ثلثه، عتق المدبّر المعروف ونصف كل واحد من العبدين، ويسعى العبدان فيما بقي منهما، وإن لم يكن له مال سواهم، عتق أحد العبدين والمدبّر المعروف من ثلثه، لأن هذا الكلام خبر في المدبّر المعروف، إنشاء في حق أحد العبدين، كأنه قال للعبدين: "أحدكما مدبّر".

فإن كان له مال يخرج الرقبتان من الثلث، عتق المدبّر المعروف، ونصف كل واحد من العبدين، ويسعى العبدان فيما بقي منهما، وإن لم يكن له مال سواهم، ومات قبل البيان، صار الثلث بينهما نصفين، نصف للمدبّر المعروف ونصف لهما، فيعتق من المدبّر المعروف نصفه، ويسعى في نصفه، ويعتق من كل واحد من العبدين ربعه، ويسعى في ثلثة أرباعه، فيجعل كل عبد أربعة، يعتق من المدبّر المعروف سهمان، ويسعى في سهمين، وعتق من كل واحد من العبدين سهم، ويسعى في ثلاثة، فبلغ سهام العتق أربعة، وسهام السعاية ثمانية، فاستقام الثلث والثلثان.

ولو قال: "اثنان منكم حُرّان، أو مدبّران"، ومات قبل البيان، وكانت المقالة في الصحة، عتق من كل واحد منهم ثلثه بالعتق الباتّ من جميع المال، ويعتق ثلثا المدبّر ونصف الرقبة من الباقين بحكم التدبير من الثلث، لأن قوله: "اثنان منكم حُرّان" إنشاء في حق الكل، وقضيّته عتق رقبتين لو كان هو المراد، فإن كان متميلا بنصف قضيته، فيثبت

به عتق رقبة بين الكل، فيعتق من كل واحد ثلثه.

وقوله: "أو مدبّران" خبر في حق المدبّر المعروف، إنشاء في حق العبدين، وقضيته تدبير رقبة بين العبدين لوْ كان هو المراد، فإذا كان متميلا بنصف قضيته، فيثبت به نصف التدبير بين العبدين، لكل واحد منهما ربعه إلا أن ما يعتق بحكم التدبير يعتبر من الثلث، فإن كان له مال، يخرجون من الثلث، أو أجازت الورثة عتق ما بقي من المدبّر المعروف وهو ثلثه، وربع كل واحد من العبدين بحكم التدبير، ويسعَيان فيما بقي منهما.

وذلك خمسة أسهم من اثني عشر سهما من كل واحد منهما، لأن ثلث كل واحد منهما عتق بالعتق البات، وربع بالتدبير، وذلك سبعة من اثني عشر، فكان الباقي من رقبة كل واحد منهما خمسة من اثني عشر، فيسعى في ذلك.

وإن لم يخرجوا من الثلث، قسّم الثلث بينهم على قدر حقوقهم، وماله عند الموت رقبتان، لأن ثلث كل واحد منهما عتق بالعتق البات، بقي ماله رقبتان، وثلث الرقبتين ثلثا رقبة واحد، اجعل ذلك بينهم على قدر حقوقهم، حق المدبّر المعروف في ثلثي رقبة، وذلك سهمان، لأن ثلثه عتق بالعتق البات، وبقي ثلثاه مدبّرا، وحق العبدين في نصف الرقبة، لأن حقهما في تدبير النصف، فجعلنا كلّ رقبة على ستة لحاجتنا إلى النصف والثلث.

فالمدبّر المعروف يضرب بأربعة، والعبدان بثلاثة، فبلغ سهام الوصية سبعة، فيجعل ثلث المال سبعة وثلث ماله ثلثا رقبة، وإذا صار ثلثا رقبة واحد على سبعة، كانت الرقبة الكاملة عشرة ونصفا ضعفنا، فصارت الرقبة على أحد وعشرين.

وقيل: التضعيف كان حق المدبّر في أربعة، فبعد التضعيف صار في ثمانية، وكان

حق العبدين قبل التضعيف في ثلاثة، فصار في ستة، عتق من كل واحد ثلثه بالعتق البات وهو سبعة، ويعتق من المدبّر بالتدبير ثمانية، فيعتق خمسة عشر سهما من أحد وعشرين سهما من رقبة، ويسعى في ستة أسهم[1]، وعتق من كل واحد من العبدين بحكم التدبير ثلاثة أسهم، لأن قبل التضعيف كان حقهما جميعا في ثلاثة، فصار حق كل واحد منهما بعد التضعيف في ثلاثة، فيعتق من كل واحد منهما عشرة أسهم، ويسعى في أحد عشر، وأحد عشر من أحد وعشرين يكون ثلاثة أسباعه وثلثي سبعه كل سبع ثلاثة، فحصلت السعاية منهم في ثمانية وعشرين، ونفذ العتق بحكم الوصية في أربعة عشر، فاستقام الثلث والثلثان.

وإن كان القول في المرض، عتق من المدبّر المعروف ستة أسهم من ثلاثة عشر، ويسعى في سبعة، وعتق من كل واحد من العبدين ثلاثة أسهم ونصف من ثلاثة عشر، ويسعى فيما بقي.

ووجهه أن الإعتاق في مرض المرت وصية كالتدبير، والوصايا تعتبر من الثلث، يضرب كل واحد منهم بوصيّته في الثلث، وحق المدبّر في عتق الرقبة، وحق العبدين في رقبة وسدس، لأن الثابت أحد الكلامين على ما قلنا.

فإن كان الثابت هو العتق الباتّ يثبت به عتق رقبتين، فإذا تردّد ثبت به عتق رقبة، إلاأن حق المدبّر لايزداد بهذا الكلام، لأنه موصى له بجميع الرقبة، فيعتق من كل واحد من العبدين ثلثه:

---

(١) "اسهم" ساقط من (ج) و (د).

وإن كان الثابت هو التدبير، ثبت به تدبير رقبة للعبدين لما قلنا، فإذا تردد ثبت به تدبير النصف من العبدين، فصار لهما ثلثا العتق ونصف التدبير، وذلك رقبة وسدس، فجعلنا كل رقبة ستة، يضرب المدبّر المعروف بجميع الرقبة ستة، والعبدان بتسعة، فبلغ سهام الوصايا ثلاثة عشر، جعلنا ذلك ثلث المال، والثلثان ستة وعشرون، فصار كل رقبة ثلاثة عشر، يعتق من المدبّر ستة، ويسعى في سبعة، ويعتق من كل واحد من العبدين ثلاثة ونصف، ويسعى في تسعة ونصف، فصار سهام السعاية ستة وعشرين، وسهام العتق ثلاثة عشر، فاستقام الحساب.

وإن مات بعض هؤلاء العبيد، فالمسألة على وجهين: إما إن مات في حياة المولى أو بعد موته، وكل ذلك على وجهين: إما إن كان في الصحة، أو في المرض.

فإن كان القول في الصحة، فإن مات المدبّر في حياة المولى، عتق [من الثلث][1] من كل واحد من العبدين نصفه بالعتق البات من جميع المال، وربعه بحكم التدبير، لأنه لما مات المدبّر والعتق البات كان بينهم، فإذا زالت مزاحَمة المدبّر يبقى بين العبدين، فيعتق من كل واحد منهما نصفه بالعتق البات، وربعه بالتدبير من الثلث، لأن نصف التدبير كان بين العبدين، فيبقى كذلك.

فإن كان له مال آخر يخرجان من الثلث، يعتق من كل واحد منهما ربعه بالتدبير، ونصفه بالعتق الباتّ، ويسعى في ربعه، وإن لم يكن له مال آخر سواهم، ولم تجز الورثة، يعتق من كل واحد منهما سدسه بحكم التدبير، ويسعى في ثلثه، لأن أحدهما عتق بالعتق

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة (ج) و (د).

الباب، بقي ماله عند الموت رقبة واحدة، فكان ثلث ماله ثلث رقبة، فيكون ذلك بينهما، فيعتق من كل واحد منهما سدسه بحكم التدبير، ونصفه بحكم العتق البات، ويسعى في ثلثه.

وإن كان القول في المرض، فالعتق[1] والتدبير كلاهما يعتبر من الثلث، وقد وجب للعبدين رقبة بالعتق البات، ونصف رقبة بالتدبير، فذلك رقبة ونصف بينهما، يعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه، ويسعى في ربعه، إن كان ذلك يخرج من ثلث ماله أو أجازت الورثة، وإن لم يكن له مال آخر، ولم تجز الورثة، كان ماله رقبتين عند الموت، فثلثه وهو ثلثا رقبة واحدة يكون بينهما، يعتق من كل واحد منهما ثلثه، ويسعى في ثلثيه.

وإن مات أحد العبدين دون المدبّر، وكان القول في الصحة، عتق من الباقيين من كل واحد منهما نصفه بالعتق البات من جميع المال، والباقي من الثلث، لأنه لما مات أحد العبدين بقي العتق البات بينهما، فيعتق من كل واحد منهما نصفه، وما بقي من المدبّر يستحق العتق بحكم التدبير، وما بقي من العبد كذلك، لأن تدبير النصف كان بين العبدين، وبموت أحدهما يصرف إلى الباقي، فصار النصف الباقي منه مدبّرا أيضا، فيكون الثلث بينهما إن كان للمولى مال آخر، وإن لم يكن كان ثلث الرقبة بينهما، فيعتق من كل واحد منهما في الحاصل ثلثا، ويسعى في ثلثه.

وإن مات المولى، ثم مات أحدهم، فإن كان القول في الصحة، ومات المدبّر،

---

(١) في (ج) و (د): "كان العتق".

نقول: لما مات المدبّر، صار مستوفيا وصيته، وتَوَى[1] ما عليه من السعاية، وكان ماله في الأصل ثلاث وستين، كل رقبة أحد وعشرون على ما قلنا. عتق ثلث كل واحد منهم بالعتق البات سبعة من أحد وعشرين، يبقى ماله عند الموت اثنين وأربعين، قسّمنا ثلثه، وهو أربعة عشر بينهم على قدر حقوقهم، للمدبّر ثمانية، ولكل واحد من العبدين ثلاثة، وللورثة ثمانية وعشرون.

فإذا مات المدبّر صار مستوفيا وصيته، وهو ثمانية، وتَوى ما عليه من السعاية، بقي حق الورثة، وهو ثمانية وعشرون، وحق العبدين، وذلك ستة، فنقسّم ما بقي من المال وهو ثلثا العبدين على قدر حقوقهم، حق العبدين في ستة، وحق الورثة في ثمانية وعشرين، فصار ذلك أربعة وثلاثين، وصار ثلثا كل رقبة سبعة عشر، يعتق من كل واحد منهما ثلاثة، ويسعى في أربعة عشر، فبلغ سهام السعاية ثمانية وعشرين، وللعبدين بحكم التدبير ستة، واستوفي المدبّر حقه ثمانية، فاستقام الثلث والثلثان.

ولومات أحد العبدين والمسألة بحالها، ولم يمت المدبّر، كان حق المدبّر في ثمانية، وحق العبد الباقي في ثلاثة، وحق الورثة في ثمانية وعشرين، وذلك تسعة وثلاثون، ثلثا كل رقبة تسعة عشر ونصف، سلم للمدبّر ثمانية، ويسعى في أحد عشر ونصف، ويسلم للعبد ثلاثة، ويسعى في ستة عشر ونصف، وقد استوفى الميت ثلثة، فاستقام الثلث والثلثان.

ومحمد رحمه الله خرج المسائل على نصف ما خرجنا، لأن الحساب كان في

---

(١) تَوَى، يتوي، من التوَى: وهو الهلاك. «المصباح المنير» ص ٧٩.

الأصل عشرة ونصفا، وضعّفنا فصار أحد وعشرين، وبنّينا على ذلك، ولم يضعّفها محمد رحمه الله.

ولومات العبدان، وبقي المدبّر، كان حق العبدين في ستة، فإذا ماتا سلّم ذلك لهما، بقي حق المدبّر في ثمانية، وحق الورثة في ثمانية وعشرين، فيصير ستة وثلاثين، وقد بقي من ماله ثلث المدبّر، فيجعل ثلثاه على ستة وثلاثين، فسلّم له من ذلك ثمانية، ويسعى في ثمانية وعشرين.

هذا إذا كان القول في الصحة، فإن كان القول في المرض ومات المدبّر، فنقول: لو لم يمت أحدهم بعد موت المولى، وكان القول في المرض ذكرنا أن حق المدبّر يكون في ستة، وحق العبدين بالتدبير، والعتق في رقبة وسدس، وحق الورثة في ستة وعشرين، فإذا مات المدبّر صار مستوفيا حقه، بقي حق العبدين وذلك سبعة، وحق الورثة وهو ستة وعشرون، فيصير ثلاثة وثلاثين، فاجعَل ما بقي من المال ثلاثة وثلاثين، والباقي رقبتان، فصار كل رقبة من العبدين ستة وعشر ونصفا، يسلّم لكل واحد منهما ثلاثة ونصف، يسعى في ثلاثة عشر، وسلّم للمدبّر ستة، فبلغ سهام السعاية ستة وعشرين، وسهام الوصية ثلاثة عشر، فاستقام.

ولومات أحد العبدين، يضرب المدبّر بستة، والعبد الباقي بثلاثة ونصف، والورثة ستة وعشرين، فيصير خمسة وثلاثين ونصفا، فيصير كل رقبة سبعة عشر وثلاثة أرباع انكسر بالربع، فنُضَعّفه، فيصير أحدا وسبعين ثلثا، كل رقبة خمسة وثلاثون ونصف، يسلم للعبد الباقي سبعة، ويسعى في ثمانية وعشرين ونصف، ويسلم للمدبّر اثنا عشر، ويسعى في ثلاثة وعشرين ونصف، فحصل للورثة اثنان وخمسون، وسلم للمدبّر اثني

عشر، وللعبد الباقي سبعة، ، وقد استوفى الميت سبعة، فيكون ستة وعشرين، فاستقام الثلث والثلثان.

ولو مات العبدان وبقي المدبّر، فحق المدبّر في ستة، وحق الورثة في ستة وعشرين، فذلك اثنان وثلاثون، سلم للمدبّر ستة، يسعى في ستة وعشرين، وسلم للعبدين سبعة، فاستقام الثلث والثلثان.

ولو مات المدبّر واحد العبدين، فحق الباقي في ثلاثة ونصف، وحق الورثة في ستة وعشرين، فذلك تسعة وعشرون ونصف، سلم للعبد ثلاثة ونصف، ويسعى في ستة وعشرين، وقد استوفى المدبّر ستة، والعبد الميت ثلاثة ونصف[1]، فذلك ثلاثة عشر، فاستقام الحساب.

ولو قال لهم في صحته: أنتم أحرار، أو مدبّرون، ومات قبل البيان، فنقول: قوله: "أو مدبّرون" إخبار في المدبّر، وإيجاب في حق العبدين، فصار كأنه قال: أنتم أحرار، أو هذان مدبّران، فإذا مات قبل البيان، ثبت نصف ما يقتضيه كل كلام، فيعتق بالعتق البات رقبة ونصف، من كل واحد منهم نصفه، وتدبير الرقبة بين العبدين، فصار الباقي من العبدين مدبّرا، والباقي من المدبّر مدبّر كما كان، فكان الثلث بينهم.

فإن خرجوا من الثلث، أو أجازت الورثة عتقوا، وإن لم يكن له مال غيرهم، ولم تجز الورثة، كان الثلث بينهم، وماله رقبة ونصف، فثلثه وهو نصف رقبة يكون بينهم، لكل واحد سدس الرقبة، وقد عتق من كل واحد منهم نصفه بالعتق البات، فيعتق من كل واحد

(١) "نصف" ساقط من (ا) و (ب).

منهم ثلثاه، يسعى في ثلثهم.

فإن كان القول في المرض كان العتق والتدبير معتبرا من الثلث، فيقسم الثلث بينهم بالسويّة، لأن كل واحد من العبدين موصى له بجميع رقبته، نصفه بالعتق، ونصفه بالتدبير، والمدبّر موصى له بجميع رقبته، ولايزاد حقه على رقبته، فكان بينهم بالسوية.

ثم سأل محمد رحمه الله في الكتاب على نفسه سؤالاً، فقال: ينبغي أن لايعتق من المدبّر المعروف شيئ بالعتق البات، لأن قوله: "أنتم أحرار" عام، فصار كأنه قال لكل واحد منهم: "أنت حُرّ أو مدبّر"، ولو قال للمدبّر: "أنت حُرّ أو مدبّر"، لايكون له حظّ من الحُرّية، لكونه صادقا في أحدهما.

والجواب أن في تلك المسألة إنما بطل الكلام في المدبّر، لأن كلامه في حق المدبّر تردّد بين أن يكون إيجابا وبين أن يكون[1] خبرا، فصار كأنه قال: أنت حُرّ أو غير حُرّ، فلايصير إيجابا بالشك، أما هنا جمع بين إنشائَين صحيحين، لأن إيجاب الحُرّية إنشاء في حق الكل، وكذا التدبير إنشاء في حق العبدين، فصار كأنه قال: أنتم أحرار، أو هذان مدبّران، ولو نصّ على هذا كان الجواب ما قلنا.

ولو قال: أنتم أحرار، أو أحدكم مدبّر، كان باطلا، لأن إحدى[2] شطرَي الكلام صدق وخبر، فيبطل الآخر، كأنه قال: أنتم أحرار أو غير أحرار.

ولو قال: كل واحد منكم حُرّ أو مدبّر، فهذا الكلام لغو في حق المدبّر، لأن هذا

(١) "وبين أن يكون" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) في (ا) و (ب): "أحد".

الكلام تناول كلّ واحد على سبيل الانفراد، كأنه قال لكل واحد منهم: أنت حُرّ أو أنت مدبّر، ولو نصّ عليه لايصح في حق المدبّر، كذلك هنا، وهو صحيح في حق العبدين، فكل واحد منهما حُرّ في حال، مدبّر في حال، فيعتق من كل واحد منهما نصفه بالعتق البات من جميع المال إن كان القول في الصحة، ويعتق النصف الباقي بالتدبير من الثلث.

وإن لم يكن له مال آخر، كان ماله رقبتين عند الموت، وثلثه ثلثا رقبة بينهم، للمدبّر المعروف من ذلك ثلث رقبة، وللعبدين ثلث رقبة بينهما، لكل واحد منهما سدس رقبة. ففي الحاصل يسلّم للمدبّر ثلث رقبة، ويسعى في ثلثيه، ويسلّم لكل واحد من العبدين ثلثا رقبة، ويسعى في ثلثه.

وإن كان القول في المرض، ولامال له سواهم، كان العتق والتدبير وصيّة، فصار كل واحد موصى له بجميع الرقبة.

ولو قال: كل واحد منكم حُرّ أو أنتم مدبّرون، فهو بمنزلة قوله: أنتم أحرار أو مدبّرون، لأنه أفرَد كل واحد منه بالتحرير، وجمعهم في التدبير، وبطل التدبير في حق المدبّر، ولم يبطل التحرير، لأنه ضم إليه إيجابا صحيحا، فصار في حق المدبّر كأنه قال: أنت حُرّ، وهذان العبدان مدبّران. ولو نص على ذلك صح الإيجاب في حق كل واحد منهم، المدبّر وغيره في ذلك سواء، كذلك هنا[1].

ولو قال: أنتم أحرار، وهذا مدبّر ـ للمدبّر المعروف ـ وهذا وهذا، فإنهم جميعا مدبّرون، وبطل التحرير، لأنه لو اقتصر على قوله: "أنتم أحرار وهذا مدبّر" ـ للمدبّر

(١) في (ا) و (ب): "ههنا".

المعروف ـ كان خبرا، ولايكون إيجابا، فإذا قال بعد ذلك، "وهذا وهذا" ولم يذكرلهما خبرا، كان الخبر المتقدّم خبرا لهما، كأنه قال: "وهذا مدبّر وهذا مدبّر". ولو نصّ على هذا[1] صار العبدان مدبّرين، كذلك هنا[2].

وكما لو جمع بين عبدين وحُرّ، وقال للحُرّ: هذا حُرّ وهذا وهذا، عتق العبدان، ويصير خبر "الحُرّ" خبرا لهما. كذلك هنا.

ولو قال: "أنتم أحرار وهذا مدبّر ـ للمدبّر المعروف ـ وهذا" ـ لأحد العبدين ـ يبطل التحرّير، والمعطوف على المدبّر مدبّر، والآخر عبد لما قلنا.

رجل له ثلثة أعبد ليس فيهم مدبّر معروف، فقال في صحته: "أنتم أحرار وهذا مدبّر وهذا وهذا"، ومات قبل البيان، كانوا جميعا مدبّرين، يعتقون من الثلث، لأنه خيّر نفسه في صدر الكلام بين إعتاقهم وتدبير أحدهم، فإذا قال: "وهذا وهذا" فقد عَطَفهما على التدبير لاتصاله به، دون التحرير، ولم يذكر لهما خبرا، فصار خبر الأول خبراً لهما على القطع، وإن كان متردداً في الأول، لإدخال كلمة الشك[3] على الأول دون الثاني والثالث، فيصير الثاني والثالث مدبّرا.

هذا كمن قال لنسائه: "هذه طالق أو هذه وهذه"، تطلق الثالثة، ويخيّر في الأولين.

---

(١) في (ا) و (ب): "ذلك" مكان "هذا".

(٢) في (ا) و (ب): "ههنا".

(٣) في (ا) و (ب): "التشكيك".

وإذا صار الثاني والثالث مدبّرا صار الأول مدبّرا، لأن جعل الثاني والثالث مدبّرا دليل على أنه لم يُرِد إيجاب العتق، لأنه تدبير الحُرّ لايكون، وإذا انتفي الإعتاق، تعيّن التدبير ضرورةً، فصار الأول مدبّرا.

ولو قال: "أنتم أحرار، أو هذا وهذا، وهذا مدبّرون" فهو وما لو قال: "أنتم أحرار أو مدبّرون" سواء، لأنه جمعهم في التدبير، فكان الشكّ داخلابين إعتاقهم وتدبيرهم، كأنه قال: "أنتم أحرار أو مدبّرون" . فكل كلام يصح في حالٍ دون حال، فيثبت نصف ما يقتضيه كل كلام: عتق، ونصف، وتدبير رقبة، ونصف بينهم.

وإن كان القول في الصحة، عتق من كل واحد منهم نصفه بالعتق البات من جميع المال، والباقي من الثلث إن خرج الباقي من الثلث، وإن لم يخرج كان له ثلث ماله، وهو نصف رقبة بينهم بالسوية، يعتق من كل واحد منهم ثلثاه، نصفه بالعتق البات، والسدس بالتدبير، ويسعى في ثلثه. وإن كان القول في المرض، عتقوا من الثلث، لما عرف.

فإن المشار إليهما بالتدبير مدبّران، والآخر عبد، لأن قوله: "وهذا" عطف على التدبير، والمعطوف صار مدبّرا، فصار المعطوف عليه مدبّرا لما قلنا: إن جعل الثاني مدبّراً دليلٌ على اختياره التدبير بالكلام الأول، فبطل التحرير ضرورةً.

ولو لم يقل هكذا، ولكنه قال: "أنتم أحرار أو هذا، وهذا مدبّران" ، واختلفت ألفاظ الرواية في هذه المسألة، ذكر في بعض النسخ هكذا، وفي بعضها "أنتم أحرار أو هذا مدبّران" ، وذكر في بعضها "أنتم أحرار وهذا، وهذان مدبّران" .

فالرواية الأولى والثانية سواء، لأن الجمع في الخبر في اتحاد الكلام، بمنزلة الجمع

في المبتدأ والخبر، وكل كلام يثبت في حال دون حال، فيثبت نصف ما يقتضيه كل كلام.

فيثبت بالكلام الأول عتق رقبة ونصف بينهم، لكل واحد منهم نصف عتق، ويثبت بالكلام الثاني تدبير رقبة واحدة بين اللذين عَيّنهما للتدبير، فيعتق من كل واحد منهما نصفه الباقي بحكم التدبير إن خرج من الثلث، وإلا فثلث ماله بينهما، وثلث ماله عند الموت نصف رقبة، فيعتق من اللذين أضاف إليهما التدبير من كل وحد منهما ثلاثة أرباعه، نصفه في الصحة بالعتق البات، والربع بالتدبير، ويسعى في ربعه، ويعتق من الآخر نصفه بالعتق البات، ويسعى في نصفه.

وأما الرواية الثالثة: فقد أجاب فيها بهذا الجواب أيضا، واختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: ما ذكر من الجواب صحيح، لأن قوله: "أو هذا" عقيب قوله: "أنتم أحرار" لغو من الكلام، لأن هذه الجملة ناقصة، عطفت على جملة تامة، فشاركتها في الخبر، فصار كأنه قال: "أنتم أحرار وهذا حُرّ" للواحد منهم، فيلغو، لأنه داخل في الكلام الأول، كما لو قال: يسالم حُرّ أو بزيغ أو سالم، وإذا لَغا ذلك بقي قوله: "أنتم أحرار، وهذان مدبّران"، فيصير هذا وما تقدم سواء.

وعامّة المشايخ لم يصحّحوا هذا الجواب، وقالو: قوله "وهذا" ليس بلغو، لأنه ما أعاد عَين الكلام الأول، وإنما أعاد بعضه، وإعادة البعض لايكون لغوا، كما لو قال: سالم وبزيغ حُرّان، أو سالم.

وإذا اعتبرنا هذا الكلام نقول: هذه ثلاث كلمات: إعتاقهم، أو إعتاق أحدهم، أو تدبير اثنين منهم بأعيانهما، وكل كلام يثبت في حال، ولايثبت في حالين، فيثبت ثلث ما يقتضيه كل كلام، فيثبت بالكلام الأول عتق رقبة بين الكل، وبالكلام الثاني ثلث العتق

الذي أضافه إليه، فصار له ثلثا رقبة، وبالكلام الثالث ثلث تدبير الرقبتين، وهو ثلثا رقبة اللذين أضاف إليهما، فصار جملة ما عتق بالإيجاب الثلاثة رقبتين.

فإن لم يكن له مال سواهم، فما يعتق بالعتق البات، يعتبر من جميع ماله إذا كان القول في الصحة، وما يعتق[1] بالتدبير، وهو ثلثا رقبة يعتبر من الثلث، وماله عند الموت رقبة وثلثا رقبة، لأن بالكلام الأول والثاني عتق رقبة وثلث على ما قلنا.

بقي رقبة وثلثان، فيحتاج إلى حساب: له ثلث، ولثلثه ثلث، وأقلّه تسعة، جعلنا كل رقبة تسعة، فصار رقبة وثلثا رقبة خمسة عشر، فثلث ذلك خمسة اتساع رقبة، يكون ذلك للذين عيّنهما للتدبير، لكل واحد منهم تسعان ونصف، وقد عتق من كل واحد منهما بالعتق البات ثلثه، وهو ثلاثة أتساعه، فصار جملة ما عتق من كل واحد منهما خمسة اتساع ونصف تسع، ويسعى كل واحد منهما في ثلاثة اتساع ونصف تسع، وعتق من الآخر ثلثاه، ويسعى في ثلثه، وهو ثلاثة اتساع رقبة، فحصل للورثة[2] بالسعاية عشر أسهم، وهو رقبة وتسع، وعتق من اللذين أضاف إليهما التدبير بحكم التدبير خمسة اتساع، فاستقام الثلث والثلثان.

ـ والله أعلم ـ

---

(١) في (ا) و (ب): "عتق".

(٢) في (ا) و (ب): "بحكم السعاية".

باب العتق على مال والكتابة

بنى الباب على أصول:

منها: أن الإعتاق ووَسائله كالتدبير والكتابة تَتَجزأ[1] عند أبي حنيفة[2]، خلافا

(١) المراد بقوله: "الإعتاق يتجزأ"، ليس هو أن ذات القول يتجزأ أو حكمه يتجزأ، لأنه محال، بل معنى ذلك: أن المحل في قبول حكم الإعتاق يتجزأ، فيتصوّر ثبوته في البعض دون البعض. هذا ما ذكره البابرتي، ولابن الهمام عليه تعقيب جيّد فليرجع: «العناية» و«فتح القدير» ٣/ ٣٧٧، ٣٧٨.

(٢) مسائل هذا الباب تنبني على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وهو أن الإعتاق يتجزأ عنده، فمَن أعتق نصفَ عبده فهو بالخيار في النصف الباقي، إن شاء، أعتقه وإن شاء استسعاه في النصف الباقي في نصف قيمته، وما لم يؤدّ السعاية فهو كالمكاتب.
واستدل الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى بحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: «من أعتَقَ شَقِيصا في مملوكه فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال، وإلا استُسْعِي العبدُ غيرَ مشقوق عليه». أخرجه أبوداود في كتاب العتق، باب من ذكر السعاية في هذا الحديث، الحديث: ٣٩٣٧، وزاد في رواية ابن ماجة: «من أعتق نصيبا له في مملوك، أو شقصا، فعليه خلاصه من ماله إن كان له مال..» أخرجه ابن ماجة في كتاب العتق، باب من أعتق شركا له في عبد، الحديث ٢٥٢٧. وأخرجه البخاري في كتاب العتق، باب: إذا أعتق نصيبا في عبد وليس له مال استسعي العبد غير مشقوق عليه، الحديث ٢٥٢٦. وأخرجه مسلم في كتاب العتق، باب ذكر سعاية العبد، الحديث: ٣٧٥١ و ٣٧٥٢ و٣٧٥٣ و٣٧٥٤. وأخرجه الترمذي في كتاب الأحكام، باب ما جاء في العبد

لصاحبيه.

ومنها: أن كسب العبد المشترك مشترك[1]، لأن ملك الرقبة علّة لملك الكسب، والاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في الحكم.

ومنها: أن بدل الكتابة لايسلّم للمولى ما لم يسلّم الكسب للمكاتب، لأن مقتضى الكتابة سلامة الكسب للعبد، فتتعلّق سلامة البدل به، كما تتعلق سلامة الثمن بسلامة المبيع، وسلامة البدل في العتق على مال بسلامة الرقبة[2].

وفي الباب فصول ثلاثة: الكتابة، والعتق على مال، وتعليق العتق بأداء المال[3].

يكون بين الرجلين فيعتق أحدهما نصيبه، الحديث ١٣٤٨. وأخرجه النسائي في كتاب البيوع، باب الشركة في الرقيق الحديث ٤٧١٣). وأخرجه الإمام مالك في الموطا في كتاب العتق والولاء، باب الشرط في العتق الحديث ١٥٠٥. وقال علي رضي الله عنه: يعتق الرجل من عبده ما شاء. وذكر السرخسي تأويل قوله صلى الله عليه وسلم في رواية " فهو حر كله" سيصير حرا كله بإخراج الباقي إلى الحرية بالسعاية، فيكون فيه بيانا أنه لا يستدام الرق فيما بقى منه، وهو مذهب أبي حنيفة. انظر: «المبسوط» ٧/ ١٠٣، «فتح القدير» ٣/ ٣٧٧، «الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٢٣٣.

(١) انظر «المبسوط» ٧/ ١١٠.

(٢) قال العتابي في تأصيل هذا الباب: المعاوضة تقتضي سلامة بإزاء سلامة، لكن في الكتابة سلامة البدل بإزاء سلامة الاكتساب، وفي العتق على مال سلامة البدل بإزاء سلامة الرقبة. «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ٤٤.

(٣) انظر أحكام هذا الباب في «المبسوط» ٨/ ٣٢.

أما الفصل الأول[1]:

قال محمد رحمه الله: عبد بين شريكَين، كاتَبه أحدهما على ألف فأدّاها إليه، نقول: عند أبي حنيفة رحمه الله نَفَذت الكتابة في نصيبه، وتوقّفت في نصيب الشريك، لأنها تَتجزّأ عنده، ولشريكه أن يفسَخ الكتابةَ دفعاً للضرر عن نفسه، وموجَبها في الحال ملك المكاسب، وملك المال مما يحتمل النقص على ما عرف في الأصل، فإن لم يفسخ حتى أدّى البدل، عتق نصفه.

وللساكت خيارات ثلاثة: إن كان المكاتب موسِراً، إن شاء أعتق نصيبه، وإن شاء ضمن شريكه، وإن شاء استَسعى العبد في نصيبه، فإن ضمنه كان للمكاتب أن يرجع على العبد بما ضمن، لأنه يملك نصيب الساكت بأداء الضمان، والولاء كله للمكاتب.

وإن كان معسراً فله خَياران: إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى، والوَلاء بينهما، كما هو الحكم في إعتاق عبد مشترك، وله أيضا أن يرجع على شريكه بنصف ما قبض من العبد[2]، لأنه كسب عبدٍ مشترك، لأن الكتابة لم تنفذ في نصيب الساكت، فبقي الكسب مشتركا.

وإذا رجع على شريكه[3] بنصف ما أخذ من العبد، لم يرجع المكاتَب بذلك على

---

(١) في (ا) و (ب). "الأول".

(٢) في (ا) و (ب): "الكسب" مكان "العبد".

(٣) في (ا) و (ب): "عليه".

العبد، لأنه كاتب كلّه على ألف درهم[1]، فكان بدل نصيبه خمسمائة، وقد سلمت له خمسمائة، فلايرجع عليه بالزيادة.

وإن كاتب نصيبه على ألف، فأدّاها إليه، عتق نصيبه، وللساكت ما قلنا في الفصل الأول، إلا أن هنا إذا رجع الساكت على شريكه بنصف المأخوذ، كان للمكاتب أن يرجع على العبد بما أخذ منه، لأنه جعل الألف بدلاً عن نصيبه، وقد سلّم نصيبه للعبد، فإذا استحقّ عليه شيء من البدل، له أن يرجع بذلك على العبد.

وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله: كتابة النصف وكتابة الكل سواء، لأنها لاتتجزأ[2]، وللشريك أن يفسخ قبل الأداء دفعا للضرر عن نفسه، فإن لم يفسخ حتى أدّى

---

(١) "درهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) لا يتجزأ العتق عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، ويعتق كله، ولا سعاية عليه، لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أعتق شقصا من عبده فهو من كله، ليس لله فيه شريك». أخرجه أبوداود في كتاب العتق، باب فيمن أعتق نصيبا له في من مملوك، الحديث: ٣٩٣٣.

والعتق إسقاط للرق، والرق لا يتجزأ ابتداء وبقاء، فإسقاطه بالعتق لا يتجزأ أيضا، كما أن الحل لا يتجزأ ابتداء وبقاء فإبطاله بالطلاق لا يتجزي، وبيانه أن فعله إعتاق، فلا يتحقق إلا انفعال العتق في بعض الشخص، لو بقي الرق في شيء منه كان في ذلك تجزّي الرق في محل واحد، وذلك لايجوز، فان الذي ينبني على العتق من الأحكام يضاد أحكام الرق من تكميل الحدود والاهلية للشهادات والارث والولايات، ولا يتصور اجتماع الضدين في محل واحد.

ورجّح الإمام السرخسي قولهما فقال: الاصح أنه لايتجزأ، لأن سببه، وهو القهر لا يتجزأ، إذ لا يتصور قهر نصف الشخص دون النصف، والحكم ينبني على السبب، وكذلك الاستيلاد سببه لايتجزأ. وهو نسب الولد. «المبسوط» ٧/ ١٠٣، ١٨٦، «فتح القدير» ٣/ ٣٧٧، «الفتاوى

البدل عتق كله، وللساكت أن يرجع على شريكه بنصف ما أخذ من العبد، لأن الكتابة لم تكن لازمةً في حق الساكت، فبقي الكسب مشتركا، وما بقي في يد العبد من الأكساب قبل العتق، يكون مشتركا، نصفه للعبد ونصفه للشريك[1] الساكت، لأنه كسب عبد مشترك.

وإذا رجع الساكت على المكاتب بنصف المقبوض، لايرجع المكاتب[2] بشيئ على العبد، لما نذكر في آخر الباب إن شاء الله تعالى.

ثم هو كعبد بين شريكين أعتقه أحدهما، إن كان موسرا ضمن لشريكه نصف القيمة، وإن كان معسرا سَعى العبد في ذلك، والولاء كله للمكاتب على ما عرف.

وأما الفصل الثاني:

عبد بين شريكين أعتقه أحدهما على ألف، فهو على وجهين: إما إن قال: أنت حُرّ على ألف، أو قال: نصيبي منك حُرّ على ألف.

ففي الوجه الأول: إذا قبل العبد عتق نصفه، ولايلزمه إلاخمسمائة، لأنه قابَل الألف بكل الرقبة، ولم يعتق منه إلانصفه، فلايقبض منه إلاخمسمائة، بخلاف الكتابة، فإن ثمّة يأخذ كل البدل، وإن لم تنفذ الكتابة إلا في النصف، لأن في الكتابة العتق يتعلق بالأداء، فكان قبض الألف محتاج إليه لنزول العتق، وهنا ينزل العتق بمجرد القبول، فلايقبض إلامقدار حقه، وهو خمس مائة.

التاتارخانية» ٤/ ٣٣٤.

(١) "للشريك" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "المكاتب" ساقط من (ا) و (ب).

وإذا قبض منه خمس مائة، يرجع الساكت عليه بنصف ما قبض، لأنه كسب عبد مشترك أعتقه أحدهما، فبقي نصف كسبه ملكا للساكت، ثم المعتق يرجع على العبد بما أخذ منه الساكت، لأنه سلّم للعبد ما يقابل الخمسمائة، فإذا استحق عليه شيئ من الخمسمائة رجع بذلك على العبد.

وفي الوجه الثاني: وهو ما إذا قال: نصيبي منك حُرّ على ألف، فقبل العبد عتق نصفه، ولزمه ألف، وإذا قبض الألف رجع الساكت عليه بنصف ما أخذ[1]، لما قلنا أنه كسب عبدٍ مشترك، ثم هو يرجع بذلك على العبد، لأنه جعل الألف بدلا عن نصيبه، وقد سلم له نصيبه، فإذا استحق عليه شيئ من بدل نصيبه رجع بذلك على العبد.

ثم هو كعبد بين شريكين أعتقه أحدهما، فإن كان المعتق[2] موسرا ثبت للساكت ثلاث خيارات: إن شاء أعتق، وإن شاء ضمن، وإن شاء استسعى، فإن أعتق أو استسعى، فالولاء بينهما، وإن ضمن كان الولاء للمعتق، ويرجع المعتق على العبد بما ضمن، لأنه ملَك المضمونَ بأداء الضمان، فقام مقام الساكت في الاستسعاء، وهذا كله قول أبي حنيفة.

أما على قول أبي يوسف ومحمد: قوله "أنت حُرّ عَلى ألف"، وقوله: "نصيبي منك حُرّ على ألف" سواء، إذا قبِل العبد عتق كله، لأن الإعتاق عندهما لايتجزأ، ويلزمه ألف درهم، لأنه قابَل الألف بعتق الكل، وقد عتق، فيأخذ المعتق ألفا، ولايرجع الساكت

(١) "ما أخذ" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "المعتق" ساقط من (ا) و (ب).

عليه بشيئ مما أخذ، لأنه عتق بالقبول، فكان المؤدّى كسب الحُرّ، بخلاف الكتابة، لأن ثمّة العتق لاينزل قبل الأداء، فكان المؤدّى كسب عبدٍ مشترك.

وهو كعبد بين شريكين أعتقه أحدهما، عندهما: يعتق كله، وللساكت حق التضمين إن كان المعتق موسرا، وحق الاستسعاء إن كان معسرا، والولاء كله للمعتق في الحالين، فإن كان موسرا، وضمنه الساكت، لايرجع على العبد بما ضمن، لأنه أدّى دَينا على نفسه، فلايرجع على غيره.

وإن كان معسرا واختار الساكت استسعاء العبد، فإن كان العبد أدّى ألفاً إلى المعتق رجع عليه بنصفه، وإن كان لم يؤدّ إليه الألف[1] تَسقط عنه نصفها، ويؤدّي خمسمائة، لأنه قابَل الألف بعتق الكل، وحالة العسار لم يسلم له كل العتق من جهته، حيث وجبت عليه السعاية، فيرجع عليه بنصف البدل، بخلاف حالة اليسار.

فإن كان في يد العبد مال بعد العتق، فقال المولى: اكتسبتَه قبل العتق فهو لي، وقال العبد: لابل اكتسبتُه بعد الحُرّية، فالقول فيه[2] قول العبد، لأن الكسب حادث، فيحال بحدوثه إلى أقربِ الأوقات، وهو ما بعد العتق.

ولو قال الشريك[3] الساكت: أنا لاأريد الضمان أو السعاية، ولكني أجيز الإعتاق بالبدل الذي أعتقه شريكي، والمعتق موسرٌ أومعسرٌ، له ذلك في قول أبي حنيفة، ويأخذ

---

(١) "إليه الألف" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "فيه" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) "الشريك" ساقط من (ا) و (ب).

نصف البدل، لأنه عنده يوقف الإعتاق في نصيب الساكت، فيملك الإجازة، وعندهما عتق كله على المعتق، ولم يتوقّف، فلايملك الإجازة.

وأما الفصل الثالث:

عبدين بين شريكين، قال له أحدهما: إن أدّيت إليّ ألفا فأنت حُرّ، فاكتَسَب كسبا، وأدّى إليه الألف، عتق نصفه في قول أبي حنيفة، لأن المعلّق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز، وللساكت أن يأخذ من المعتق نصف الألف، لأنه كسب عبدٍ مشترك، ولايرجع المعتق بذلك على العبد، موسرا كان المعتق أو معسرا لما قلنا.

ولو قال: إن أدّيت إليّ ألفا فنصيبي منك حُرّ، فهذا والأول سواء، إلا في خَصلة واحدة، وهو أن المعتق يرجع على العبد بما أخذ منه شريكه من الألف لما قلنا.

وعند أبي يوسف ومحمد: إذا أدّى إليه ألفا، عتق كله في الوجهين لعدم التجزّي، وللساك ،ان يرجع على المعتق بنصف الألف، لأن في التعليق العتق لاينزل قبل الأداء، فكان المؤدّى كسب عبدٍ مشترك، وفي الفصل الثاني العتق نزَل بمجرد القبول، فكان المؤدّى كسب الحُرّ.

وهل يرجع المعتق على العبد بما أخذ منه الساكت من الألف؟ إن كان المعتق موسراً يرجع، لأنه سلّم للعبد من جهته كل الرقبة، فيرجع بما استحق من البدل، وإن كان معسرا لايرجع، لأنه لم يسلم للعبد من قبله كل الرقبة، حيث وجبت السعاية عليه.

هما فرّقا بين هذا وبين الكتابة، في الكتابة لايرجع المعتِق على العبد بما أخذ منه الساكت من البدل، موسرا كان أو معسرا.

والفرق أن في الكتابة البدل مقابل بسَلامة الأكساب، والساكت يملك نصف أكسابه على كل حال، ويأخذ نصف كسبه مما أدّى، ومما بقي في يده بعد الأداء، فإذا لم يسلم للمكاتب نصف الكسب، لا يرجع المكاتب عليه بما أخذ منه الشريك من البدل.

أما هنا: المال مقابل بالعتق لا بالكسب، وقد حصل له عتق الرقبة من قبله حالة اليسار، ولم يسلم حالة الإعسار، فلهذا افترقا، وما بقي في يده من المال، كان للساكت أن يأخذ منه النصف، لأنه كسب عبد مشترك.

باب مما يعتق أو يكاتب أو يخلع فيكون جائزا على العبد

بني الباب على أصلين:

أحدهما: أن التصرف إذا اشتمل على معنيَين يجب اعتبارهما ما أمكن[1]، فإن تعذّر اعتبار أحدهما يعتبر[2] الآخر.

والثاني: أن الكتابة وتعليق العتق بأداء المال، كل واحد منهما يشتمل على معنى اليمين والمعاوضة، لأن المبذول من قِبل العبد مال، ومن المولى عتق، وكل واحد منهما مقابل بالآخر يتعلق وجوبه به.

والمال مما لا يحلف به، ولايقبل التعليق بالخطر[3]، والعتق مما يحلف به، ويصحّ

---

(١) من أصول الترجيح "أن الشيء إذا تردّد بين أمرين يُوفّر حظّه عليهما"، مثل الرهن تبرع ابتداء، وأمانة قبل القبض، وبعد القبض صار من الضمان، فيجب في الرهن مراعاة الجانبين.

(٢) في (ج) و (د): "اعتبر".

(٣) من القواعد المسلّمة لدى الفقهاء أن "تعليق التمليك بالخطر باطل"، ذكرها الإمام الكرخي في أصوله بقوله: "الأصل أن تعليق التمليك بالأخطار باطل، وتعليق زوالها بالأخطار جائز"، والمراد من "الخطر": الأمر الذي تردّد بين الوجود والعدم، والذي يمكن أن يقع وأن لايقع. فإذا قال رجل لآخر: "إذا دخلت هذه الدار فقد بعتكها بمبلغ كذا"، فقال: قبلت، لم يصح العقد، و لم يقع الملك عند حصول الشرط، ولوقال لامرأته: "إذا دخلت الدار فأنت طالق"، أوقال لعبده: "إذا دخلت فأنت حر" صح، وعند وجود الشرط يقع الطلاق والعتاق ويزول ملك النكاح وملك

تعليقه بالخطر، فكان كل واحد منهما مشتملا على معنى اليمين والمعاوضة، فيجب اعتبارهما.

إلا أن في التعليق جانب اليمين راجح، لأن صيغته صيغة اليمين بغير الله تعالى، وهو ذكر الشرط والجزاء، وفي الكتابة جهة المعاوضة [راجحة، لأن صيغته صيغة المعاوضة، فرجّحنا فيها جهة المعاوضة.][1]

فقلنا: بأن التعليق لايقبل الفسخ، وينفرد به المولى، والكتابة تحتمل الفسخ، ولاتَتِمّ من غير قبول، ويرد البدل بعيب الزيافَة[2] في الفصلين اعتبارا للمعاوضة.

وفي الباب فصول ثلاثة: تعليق العتق بأداء العبد، والتعليق بالحج، والتعليق بأداء المال.

وكل ذلك على وجهين: إما إن كان في الحياة، أو مضافا إلى ما بعد الموت.

وبدأ بالفصل الأول، قال محمد رحمه الله:

رجل قال لعبده: «إذا أدّيت إلى عبداً فأنت حُرّ»، ولم يُضف العبد إلى جنس، ولم يذكر القيمة، فهو صحيح، لما ذكرنا أنّ هذا التصرف مشتمل على معنى اليمين، وليس من

اليمين. انظر «أصول الإمام الكرخي» ص ١١٥، «التحرير في شرح الجامع الكبير» للحصيري، مخطوط، ٥/ ١٦٧، «المقنع» لابن قدامة، ٢/ ٣١.

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبت من النسخ الأخرى.

(٢) زَاف يزِيف زيفـا وزيوفـا، زافَت الدراهم: ردُؤت، أي: صـارت مـردودة لِغشّ، درهـم زَيف وزائف: رديئة. «القاموس المحيط» ص ١٠٥٦، «المصباح المنير» ص ٢٦١.

شرط صحة اليمين إعلام الشرط، مع أن هذه الجهالة تتحمل في الكتابة، فإن مَن كاتَب عبدَه على عبد يصح، وينصرف إلى الوسط لما روي عن ابن عمر[1] رضى الله عنهما أنه أجاز الكتابة على الوصَفاء[2].

فإن جاء بعبد ردئ لايجبر المولى على قبوله، لأن الجبر على القبول من قضيّات المعاوضة، لامن قضيت اليمين، فإن الحالف لايجبر على تحصيل الشرط، واعتبار المعاوضة يوجب تعيين الوسط نظرا للعاقدين، وتسوية بينهما.

فإن قبل المولى الردئ عتق العبد[3] لوجود الشرط، وهو أداء مطلق العبد إليه، وتعيين الوسط كان لدفع الضرر عن المولى، فإذا رضي به، لامعنى لاعتبار وصف الوَسَاطة، فبقي العتق معلقا بأداء عبد مطلق.

وإن جاء بعبد وسط يجبر على القبول، ومعناه أنه يجعل قابلا حتى ينزل العتق، لأن هذا التصرف مشتمل على معنى المعاوضة، ولهذا أثبتنا له حق الردّ إذا وجد بالبدل

---

(١) هو عبدالله بن عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي، ولد سنة ثلاث من البعث النبوية، أسلم مع أبيه وهاجر، وعرض على النبي ﷺ ببدر فاستصغره، ثم بأحد فكذلك، ثم بالخندق فأجازه، وهو يومئذ ابن خمس عشرة سنة . روى عن أبي بكر وعمر وعثمان وأبي ذر ومعاذ وعائشة وغيرهم، وروى عنه من الصحابة: جابر وابن عباس وغيرهما وجماعة كثيرة من كبار التابعين، توفي وهو بلغ ٨٧ سنة. انظر ترجمته في: أسد الغابة ت ٣٠٨٢، الاستيعاب ت ١٦٣٠، الثقات ٣/ ٢٠٩، الإصابة ت ٤٨٥٢، تجريد أسماء الصحابة ١/ ٣٢٥.

(٢) لم أجد هذا الأثر بعد البحث والتنقيب.

(٣) "العبد" ساقط من (ج) و (د).

عيبا.

واعتبار المعاوضة يوجب الجبر على القبول كما في النكاح والكتابة، أما الحالف لايجبر، ولاينظر إلى قيمة المعتق، لأن المسمّى ثابت، ووجوب المسمّى يمنع المصير إلى قيمة المعقود عليه كما في النكاح.

واختلفوا في الوسط، قال أبو حنيفة: الوسط السّنديّ، وقيمته أربعون دينارا. وقال أبو يوسف ومحمد: لايعتبر السّندي، وإنما يعتبر الغَلا والرخص.

وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان، فإن في زمن أبي حنيفة كان العبيد ثلاثة أجناس: الخراساني، والسندي، والحبشي، والوسط هو السندي، وفي زمنهما كثُر أجناس العبيد، فاعتبر القيمة.

وقيل: في ديارنا الأرفَع أعزّ الأتراك، وأحسن الأتراك، وأعزّ الهنود الوسط، والأدوَن أخَسّ الهنود.

وإن علّق العتق بإعتاق العبد، فهو على وجوه ثلاثة: إما إن كان في الصحة أو في المرض أو مضاف إلى ما بعد الموت.

أما الأول: رجل قال لعبده: أعتق عني عبدا وأنت حُرّ، أو قال: إن أعتقت عني عبدا فأنت حُرّ، فهما سواء، لأن جواب الأمر بالواو كجواب الشرط بالفاء، لما عرف في موضعه، ويصير العبد مأذونا في التجارة، لأنه أمرَه بالإعتاق عنه، وذلك لايكون إلابالتمليك.

ألاترى أن من قال لغيره: أعتق عبدك عني على ألف درهم، كان طلبا للتمليك،

كأنه قال: ملكني ثم كُن وكيلي في الإعتاق، كذلك هنا، وتمليك العبد من المولى لايكون إلا بالكسب.

ولو رضي المولى بكسب العبد يكون إذنا، فكيف إذا حَرّضه على الاكتساب، ووَعَد له العتق، وينصرف إلى الوسَط، لأن أوجب العتق بتمليك العبد منه، فكان في معنى المعاوضة، واعتبار المعاوضة يوجب تعيين الوسط.

فإن اشترى عبدا وسطا أو وهب له وأعتقه عن المولى جاز، وعتقا جميعا لوجود الشرط، وإن اشترى عبدا رديئا، وأعتق عنه أو جيّدا، جاز شراءه، ولايعتق واحد منهما، أما جواز الشراء فلأنه مأذون في التجارة، وأما عدم العتق لأنه مملوك لايملك الإعتاق إلا بالنيابة عن المولى، والمولى أمره بإعتاق الوسط، فلايملك إعتاق الجيد، وإذا لم يعتق المشتري لايعتق المأمور لعدم الشرط، وهو الإعتاق عن المولى.

ولو قال: أعتِق عبدا وأنت حُرّ، فهو في القياس باطل[1]، لأنه علق العتق بما لايتكوّن، وهو الإعتاق، إذ العبد ليس من أهل الإعتاق[2]، وفي الاستحسان يصح.

وإذا أعتق عنه عبدا وسطا يعتق، لأن هذا الكلام تعيّن تصحيحه بإضمار كلمة "عني"، فيصار إليه، كما لو قال: أدّ ألفا وأنت حُرّ، فإنه يصح، ويجعل كأنه قال: أدّ إليّ ألفا وأنت حُرّ.

فرق بين هذا وبين ما لو قال الحُرّ: أعتق عبدك، فأعتق، كان العتق عن المأمور. ولو

---

(١) وفي (ج) و (د): "فهو باطل في القياس".

(٢) "الإعتاق" ساقط من النسخ الأخرى.

قال: أعتق عبدك عنّي فأعتق، كان العتق عن الآمر[١].

والفرق أن ثمّة المخاطَب يملك الإعتاق عن نفسه، فلاحاجة إلى الإضمار، أما العبد لايملك الإعتاق إلابطريق النيابة، فمسّت الحاجة إلى الإضمار، وإذا صح كلامه ينصرف إلى الوسط لما، قلنا في الوجه الأول.

ولو قال المولى في مرضه: أعتق عنّي عبدا وأنت حرٌّ، فأعتق عنه عبدا وسطا، ينظر إلى قيمة الوسط وإلى قيمة المأمور، فإن كانا سواءً، لم يكن إعتاق المأمور وصيةً، كما لو أعتقه على ألف، وقيمته ألف، فإنه لايعتبر وصية، بقي إعتاق الوسط وصية، كما لو أعتقه الآمر بنفسه، فيجب اعتباره من الثلث، فإن لم يكن له مال آخر يعتق ثلثه، ويسعى في ثلثيه.

وكذا لو كانت قيمة الوسط أكثر من قيمة المأمور، وإن كانت أقلّ بأن كانت قيمة المأمور ستين دينارا، وقيمة الوسط الذي جعله بدلا أربعين دينارا، عتق ثلثا المأمور بعوض، فلايعتبر فيه[٢] الوصية بقي ثلثه بغير عوض، فكان مال الميت جميع البدل، وقيمته أربعون دينارا، وثلث المأمور[٣] عشرون دينارا، فجملته ستون دينارا فثلثه عشرون دينارا، فيقسّم ثلث ماله وهو عشرون دينارا بين البدل وبين المأمور على قدر حقهما.

فحق البدل في جميع رقبته وهو أربعون، وحق المأمور في ثلثه وهو عشرون،

---

(١) وفي (ج) و (د): "كان عن الآخر".

(٢) "فيه" ساقط من (ج) و (د).

(٣) زاد هنا في (ج): وقيمته عشرون.

فيقسم ثلث مال الميت أثلاثا[1] ، الثلث للمأمور وهو ستة، وثلثان يسلم له ذلك، ويسعى فيما بقي من رقبته، وهو ثلاثة عشر وثلث، وسلّم للبدل ثلث العشرين، وذلك ثلاثة عشر وثلث، ويسعى فيما بقي من رقبته وهو ستة وعشرون وثلثان، فيسلم للورثة سأربعون دينارا، وقد نفذنا الوصية في عشرين دينارا فاستقام الثلث والثلثان.

ولو قال: أعتق عنّي بعد موتي عبدا وأنت حُرّ، فهذا وما تقدم سواء، ينصرف إلى الوسط إلا في خصلة، وهي أن هنا إذا أعتق عنه عبدا وسطا بعد موته، لايعتق المأمور إلابإعتاق الوارث أو الوصيّ أو القاضي، وفيما تقدم إذا أعتق عبدا[2] وسطا يعتق المأمور من غير إعتاق، لأن في حالة الحياة أمكن اعتبار هذا التصرف تعليقا، فيعتبر تعليقا، لما ذكرنا أن معنى اليمين أصل في هذا التصرف. وإذا اعتبر تعليقا، فإذا وُجد الشرط، وهو الإعتاق عنه، يَنحَلّ الجزاء، أما بعد الموت لايمكن اعتباره تعليقا، لأن الموت يبطل التعليق.

ألاترى أن من قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حُرّ، ثم مات يبطل اليمين، وإذا كان الموت مبطلا لليمين، كان مانعا انعقاد اليمين بطريق الأول، وكما تعذّر اعتباره تعليقا تعذر اعتباره كتابة بعد الموت، لأنه لايملك ابتداء الكتابة بعد الموت، فلايملك إضافة الكتابة[3] إلى ما بعد الموت، وإذا تعذر اعتباره يمينا وكتابةً، يجعل وصية تصحيحا لتصرفه بقدر الإمكان، إلاأنها وصية بعتق يتراخَى عن الموت، لأنه لايستحق العتق بنفس الموت،

---

(١) جاءت العبارة في (ج) و (د): فيقسم الثلث بينهما أثلاثا.

(٢) "عبدا" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) وفي (ج) و (د): "إضافتها" بسقوط "الكتابة".

وإنما يستحق العتق بعد الإعتاق عن المولى، وفي مثل هذا لايعتق إلا بإعتاق من قام مقام الميت، وهو الوارث أو الوصيّ أو القاضي، كمن قال لعبده: أنت حُرّ بعد موتي بيوم.

فإن قالت له الورثة بعد موت المولى: "أعتق عبدا وإلا بعناك" لم يكن لهم ذلك، لأن فيه إبطال الوصية الجائزة، ولكن يرفع الأمر إلى القاضي. فيؤجّله القاضي على حسب ما يرى، ويضرب له مدة ثلاثة أيام أو أكثر، لأنه لو تركه مؤبّدا كذلك يتعطّل حق الوارث، ولو ألزمه التعجيل يبطل حق العبد، فيجب مراعاة الحقين بإبلاء العذر، كما في أجل العنّين.

فإن لم يعتق في تلك المدة عبدا، ردّه القاضي إلى الورثة، وتبطل الوصية، وصار هذا كمن كاتَب عبدا حاضرا وعبدا غائبا له، على ألف درهم، فمات الحاضر قبل الأداء، يقال للغائب: إما أن تؤدّي الألف أو تردّ الرق، فإن لم يؤدّ ليس للمولى أن يرده، ولكن يرفع الأمر إلى القاضي، فيؤجّله على قدر ما يرى، فإن لم يؤدّ الألف في تلك المدة، ردّه إلى الرق، كذلك هنا.

وكذا لو قال المولى لورثته: إذا أعتق عنّي عبدا بعد موتي فأعتقوه، لايعتق إلابإعتاق الورثة، وليس لهم إبطال هذه الوصية، ولهم أن يرفعوا الأمر إلى القاضي على نحو ما قلنا.

وأما الفصل الثاني وهو التعليق بالحج:

فهو على وجهين: إما إن علّقه بنفس الحج،[1] أو بأداء ما يحجّ به من المال، وكل

(١) في الأصل: "بنفس العتق"، والمثبت من النسخ الأخرى، وهو الصحيح.

ذلك على وجهين: إما إن كان ذلك في حالة الحياة، أو مضافا إلى ما بعد الموت.

فإن علّق الحُرِّية بنفس الحج في حياته فقال: حَجّ عنّي وأنت حُرّ، أو قال: إذا حجَجت عنّي فأنت حُرّ، لم يذكر هذا في الكتاب، قالوا: وهو باطل، لأن الحج عن الغير لايجوز إلا عند العجز(١)، فهذا تعليق بشرط لايتصور، فيكون باطلاً.

وإن علّق العتق بأداء مال يحجّ به، فقال: أدّ إليّ ألفا أحجّ بها وأنت حرّ، أو قال: إذا أدّيت إليّ ألفا أحجّ بها فأنت حُرّ، فأدّى إليه ألفا، عتق، حجّ بها أو لم يحجّ، لأن قوله: "أحج بها" خرج على وجه المشورة، لاعلى وجه الشرط، لأنه ما أدخل حرف الشرط في الحج، ولاقرَن الحجَ بالأداء بحرف الوصل، وهو حرف العطف، فيكون مشورة.

ألاترى أن من قال لغيره: إشتريت منك هذه الجارية بألف درهم استولدها، لايكون شرطا حتى لايفسد به البيع. وكذا لو قال لغيره: داري لك تسكنها، أو طعامي لك تأكله، لايكون مشورة.

وإذا جاء بالألف يجبر المولى على القبول، لأن الألف عوض.

ولو قال له: إذا أدّيت إليّ ألفا فحجَجتُ بها فأنت حُرّ، فأدّى إليه ألفا، لم يعتق

---

(١) قال الحصكفي: حج الفرض يقبل النيابة عند العجز فقط، لكن بشرط دوام العجز إلى الموت، لأنه فرض العمر، حتى تلزم الإعادة بزوال العذر... وشرط العجز المذكور للحج الفرض، دون النفل لاتساع بابه. راجع «الدر المختار» على هامش «ردّالمحتار» ٢/ ٢٣٨، و٢٤١.
وقد نصّ عليه الإمام قاضي خان في كتاب الوصايا من هذا الشرح، باب من الكفارات في الحج إذا حج الرجل عن الرجل، فقال فيه: كالحج، تجوز فيها النيابة عند العجز، ولا تجوز عند القدرة. ص ٧٣٠.

حتى يحجّ بها[1]، لأنه علّق العتق لشيئين: بأداء الألف والحج بها، لأنه عطف الحج على الأداء، وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه، فتعلق العتق بهما.

وإذا جاء بالألف لايجبر على القبول، لأن الجبر على القبول من قضيات المعاوضة، والمعاوضة إنما تتحقّق إذا حصل العتق بأداء المال، وههنا لايحصل، العتق بأداءالمالي،[2] فلايكون عوضا، ولأن فائدة الجبر على القبول نزول العتق، والعتق تعلّق بشيئين، بالأداء والحج جميعا، وهو لايجْبَر على الحج، فلايفيد الجبر على القبول.

هذا إذا علّق العتق بذلك في حياته، فإن[3] أضافه إلى ما بعد الموت، فهو على وجهين: إما إن علّقه بنفس الحج، أو بأداء ما يحجّ به.

أما إذا علقه بنفس الحج فقال: حَجّ عنّي بعد موتي وأنت حُرّ، أو قال: إن حججتَ عنّي بعد موتي فأنت حُرّ يصح، وينصرف إلى الحجة الوسَط من منزل المولى، لأن الأمر بالإحجاج عنه ينصرف إلى الحج من منزله، إذا كان في ثلث ماله وفأ به، فكذلك هذا.

وإنما ينصرف إلى الوسَط، لأن هذه وصية فيها معنى المعاوضة، فينصرف إلى الوسط، ولأن المراد من الوسط "الوسط في النفقة"، وهو أن لايكون فيه تقتير ولا إسراف[4]، لأن العائد إلى الميت ثواب نفقة الحج، فعند التقتير يقلّ ثوابه، فيتضرّر به،

---

(١) "بها" ساقط من ج.

(٢) قوله: "العتق بأداء المال" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وفي (ج): "أما إذا".

(٤) «فتح القدير» ٣/ ١٣٦.

وكما يتضرّر بالتقتير، يتضرّر بالإسراف، فإن ما يفضل من أكساب العبد يكون تركة له، يقضى منه ديونه، وينفذ منه وصايا، فيتضرر بالإسراف، فتعيّن الوسط.

وقيل: "الوسَط" ما يكون على راحلة[1]، لأن "المرتفع" ما يكون معماري، وما يجرى مجراه، و"الأدنى" ما يكون ماشيا، والوسط ما يكون على راحلة[2].

وإذا حَجّ عنه بعد موته من منزله حَجّة وسطا لايعتق إلا بإعتاق القاضي أو الوصيّ أو الوارث لما قلنا، وإذا أعتق يعتبر عتقه من الثلث، قَلّت قيمة الحج أو كثُرت بأن كانت أكثر من قيمة العبد.

فرق بين هذا وبين ما لو قال له [3] في مرضه: أعتق عنّي عبدا[4] فأنت حُرّ، فأعتق عنه عبدا وسطا، فإنه ينظر إلى قيمة المأمور وإلى قيمة الوسط، فإن كانت قيمة الوسط مثل قيمة المأمور[5] أو أكثر من قيمة المأمور[6]، لم يكن إعتاق المأمور وصية، حتى يعتبر عتق المأمور من جميع المال.

والفرق من وجهين: أحدهما أن في الفصلين ما تعلق عتق العبد بأدائه، لايعتبر

(١) ورد في الأصل هنا: "زاملة"، وهو تصحيف.

(٢) كذا في الأصل، والعبارة: "والوسط ما يكون على راحلة" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "له" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وفي (ج) و (د): "هذا مكان عبدا".

(٥) وجاءت العبارة في الف: "قيمة المأمور مثل قيمة الوسط".

(٦) "من قيمة المأمور" ساقط من (ج) و (د).

ذلك من مال المولى قبل الأداء، لأنه مشغول بحاجة العبد، وإنما يصير مالا للمولى بعد الأداء، ولهذا لو قال لعبده: إن أدّيت إليّ ألفا فأنت حُرّ، فأدّى إليه ألفا، عتق، ولايرجع المولى عليه بمثلها.

ولو اعتبر ذلك مال المولى قبل الأداء، لرجع عليه بمثلها بعد العتق، فإن سلّم للمولى مال بعد أداء ما تعلق به عتق العبد، كان عتق العبد حاصلا بعوض، وإلا فلا.

ففي فصل الحج بعد الحج، وإمضاء النفقة لايسلم للمولى مال بعد العتق، فيجعل هذا وصية بالعتق بغير بدل، فيعتبر من الثلث، وفي فصل الإعتاق عن المولى سلم للمولى مال بعد الأداء، لما عرف أن المأمور يجعل مملكا من المولى العبد الوسط، ثم يصير وكيلا عنه في الإعتاق، فيعتبر عتق المأمور من جميع المال، إذا كانت قيمة الوسط مثل قيمة المأمور أو أكثر.

و الفرق[1] الثاني: أن في الفصل الثاني[2] إعتاق العبد ما هو حق الورثة، وهو ثلثا مال الميت، يسلم لهم لوجوب السعاية على العبد الوسط[3]، لأنه يسعى في ثلثي قيمته، فلاحاجة إلى إيجاب السعاية على المأمور لحق الورثة.

أما هنا لايسلم للورثة مال من غير المأمور، فوجبت السعاية عليه رعايةً لحق الورثة، فإن كان أوصى مع ذلك لرجل بثلث ماله، وليس له مال سوى العبد، كان ثلث ماله

---

(١) "الفرق" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "الفصل الثاني" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "الوسط" ساقط من (ج) و (د).

بينهما، يضرب العبد بجميع رقبته، لأنه موصى له بجميع رقبته، والموصى له بالثلث بثلث الرقبة، فيكون الثلث بينهما على أربعة.

وإذا صارت الثلث أربعة، صار الكل أثني عشر، فيكون للموصى له بالثلث سهم من أثني عشر، وللورثة ثمانية أسهم، فيسعى العبد في تسعة أسهم، ثمانية أسهم[1] للورثة، وسهم للموصى له بالثلث[2]، ويحطّ عنه ثلاثة، ثم لم يقدم العتق على غيره من الوصايا، لأن الوصية بالعتق حصلت على وجه لاينفذ إلابالتنفيذ، لأنه لايعتق بدون الإعتاق، وإنما يقدم العتق على غيره من الوصايا إذا كان منفذا، إلاأنه يستحق الضرب بجميع رقبته، لأن الموصى له بالعتق يضرب بجميع حقه عند الكل وإن جاوز الثلث.

ولو قال: أدّ إلى وصيّي بعد موتي قيمة حَجّة يحج بها عنّي وأنت حُرّ، صح، ويلزمه قيمة حَجّة وسط من منزل المولى، وإذا جاء بقيمة حَجة وسط، أجبر الوصي[3] على القبول، وأمر بإعتاقه، ولايكون الحج بها شرطا لما قلنا.

ثم ينظر إن كانت قيمة الحج مثل قيمة العبد لم يكن العتق وصية، لأن العتق تعلق بأداء القيمة، والقيمة تصلح عوضا، ويحج عن الميت بثلث تلك القيمة، لأن القيمة مال الميت، والوصية بالحج إنما يجب تنفيذها من ثلث ماله الميت[4] من حيث يبلغ، فإن كان

---

(١) "أسهم" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "با لثلث" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وفي (ج) و (د): "المولي" وهو خطاء.

(٤) "الميت" ساقط من (ج) و (د).

أوصى مع ذلك لرجل بثلث ماله، كان الثلث بينهما على أربعة: ثلاثة أرباعه للحج، وربع الثلث للموصى له.

من المشايخ من قال: هٰذا على قول أبي يوسف ومحمد، لا على قول أبى حنيفة رحمهم الله، لأن الوصية بالحج تعلّقت بعين هذه الدراهم، وقد بطلت الوصية فيما زاد على الثلث استحقاقا، فتبطل ضربا أيضا عند أبى حنيفة، فيكون نصف الثلث للحج، والنصف للموصى له.

وعندهما إذا بطلت الوصية بالحج فيما زاد على الثلث استحقاقا، لاتبطل ضربا، فكان الثلث بينهما على أربعة: ثلاثة أرباع الثلث يكون للحج، وربع الثلث للموصى له[1].

ومنهم من قال: لا بل هذا قول الكل، لأن الوصية بالحج تعلّقت بما يؤدّي العبد إلى الوصيّ، فتكون بمنزلة الوصية بمال مرسَل، وفي الوصية بمال مرسل إذا بطلت فيما زاد على الثلث استحقاقا، لاتبطل ضربا عند الكل لما عرف في موضعه.

فإن كانت قيمة الحجة مثل ثلثي قيمة العبد، يكون العبد موصى له بثلثه أيضا، فيجتمع في ثلث مال الميت ثلاث وصايا: الوصية بالحج، والوصية لصاحب الثلث، والوصية للعبد، ومال الميت عند تنفيذ الوصايا قيمة الحجة وثلث العبد، لأنه وصل إليه عوض ثلثه[2]، فيعتبر قيمة ثلثيه كالزائل عن ملكه، بقي ماله عند الموت[3] ثلث العبد

(١) من قوله: "إذا بطلت الوصية" إلى آخر الفقرة ساقط من (ا) و (ب).

(٢) وفي (ج) و (د): "قيمة ثلثه".

(٣) "عند الموت" ساقط من (ا) و (ب).

وقيمة الحجة، يقسم ثلث ذلك بين الحجة والعبد والموصى له بالثلث، يضرب العبد بالثلث، وكذا الموصى له، والحجة بجميع قيمة الحجة، فصار الثلث بينهم على أربعة: ربع الثلث للعبد، والربع للموصى له بالثلث، ويحج عنه بنصف الثلث من حيث يبلغ، وهذا جواب ظاهر الرواية.

وعلى قول بعض المشايخ رحمهم الله يضرب الحج بالثلث أيضا، فيصير الثلث بينهم على ثلاثة على ما ذكرنا.

ولو قال: "أدّ إلى وصيّي بعد موتي قيمة حَجّة، فإذا أديتَها فحَجّ بها عنّي فأنت حُرّ"، صح ذلك، فإذا أدّاها لم يجب إعتاقه، ولايجبر على القبول، لما ذكرنا أن العتق تعلق بالأداء والحج جميعا، وإذا حج بها، أعتقه الوصيّ من ثلث ماله، ولايعتبر قيمة الحجة عوضا بدليل أنه لايجبر على القبول، وإنما لاتعتبر القيمة عوضا، لأنها بعد الأداء إلى الوصيّ مال، لايسلم العتق للعبد إلا به بأن يحج عنه، وكل مال لايسلم العتق للعبد إلا به، فهو في الحكم كأنه مال العبد.

ولهذا لو أراد الورثة أن يأخذوا شيئا من قيمة الحَجّة لايمكنهم [من ذلك][1]، لأنهم لو أخذوا شيئا ينعدم تمام الشرط وهو الحج، فبطل استحقاق العبد، بخلاف ما تقدم، وإذا لم يكن للورثة أن يأخذوا شيئا من قيمة الحجة صار[2]، كأنه حجّ بها قبل الأداء، وإذا لم تعتبر قيمة الحجة عوضا كان إعتاقا بغير عوض، فيعتبر من الثلث، فإن قالت الورثة: نحن

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

(٢) "صار" ساقط من (ج).

نأخذ ثلثي قيمة الحجة، ليس لهم ذلك، لما قلنا أن القيمة لم تصر ملكا للمولى، أقصى ما في الباب أن في هذا تأخير حق الورثة، إلا أن ضرر التأخير دون ضرر الإبطال، فرجّحنا جانب العبد.

فإن كان أوصى مع هذا الرجل بثلث ماله، سعى العبد في ثلثي قيمته للورثة، ويكون ثلث العبد بين العبد وبين الموصى له بالثلث على أربعة، يضرب العبد بجميعه في الثلث، والموصى له بالثلث في الثلث، فصار الثلث أربعة، يسعى له في سهم، ويحطّ عنه ثلاثة أسهم من أثني عشر سهما.

ولو قال لعبده: حَجّ عنّي بعد موتي حجّة وأنت حُرّ، فمات المولى في شوّال، وقالت الورثة: لانَدَع العبد يخرج إلى الحج العام، كان لهم ذلك، لأن مقدار الثلثين من الرقبة والخدمة حق الورثة، فإذا خرج إلى الحج يُشغل عن خدمتهم، وبعد ما حجّ يجب إعتاقه، فيبطل حق الورثة عن الخدمة، فكان لهم أن يمنعوه إلى السنة الثانية، حتى يصل إليهم من منافعه ضِعف ما يصرفه إلى الحج.

اعتبر الثلث والثلثين في المنافع، وأظهر حكم الوصية فيها، ولم يفعل كذلك في حق الكسب، حتى لو قال له: أدّ إلى وصيّي قيمة حجة، فإذا أديتها فحج بها عنّي فأنت حُرّ، لم يكن للورثة أن يأخذوا شيئا من قيمة الحجة.

والفرق أن العبد مُطالَب بصرفِ منافعه إلى خدمة مولاه، فكانت المنافع مملوكة للمولى، فيعتبر فيها معنى الوصية، أما العبد لايطالب بالكسب، ولايجبر عليه، فلايعتبر ذلك مال المولى قبل الأدا، ولأن في تعليق العتق بأداء المال ما فضَل عن الكسب بعد الأداء يسلم لهم، وهنا بعد أداء الحج يجب إعتاقه، فلايسلم للورثة شيئ فافترقا من هذا

الوجه[١].

وإن مات المولى في شوّال، فقالت الورثة للعبد: اخرج إلى الحج في هذه السنة، وأبَى العبد، فرفعوا الأمر إلى القاضي، يأمره القاضي بالخروج، وأخبَرَه أنه لو[٢] إن لم يخرج يردّه إلى الرق، لأن في التأخير وقف العبد، وفيه ضرر بالورثة، لأنهم لايملكون البيع ونحو ذلك، لما فيه من إبطال الوصية، ولايملكون الاستسعاء، لأن أوان الاستسعاء إنما يكون عند العتق، فكان للقاضي أن يدفع هذا الضرر، وذلك يكون[٣] للقاضي دون الورثة، لأن إبلاء العذر إلى القاضي كتأجيل العنين وغيره[٤].

فإن فعلوا ذلك بأنفسهم، ثم رفع الأمر إلى القاضي بعد ما مضت السنة، فإن القاضي لايُبطل وصية، بل يؤجّله سنةً مستقبلة، لأن ما مضى قبل المرافَعَة غير معتبر، كما في العنين إذا صبَرت المرأة زمانا ثم خاصَمتْه إلى القاضي، فإن القاضي يؤجّله سنة مستقبلة، كذلك هنا[٥].

ولو قال له المولى: حج عنّي بعد موتي في هذه السنة وأنت حُرّ، فمات المولى في شوال، فللورثة أن يمنعوه عن الحج في تلك السنة لما قلنا.

---

(١) "من هذا الوجه" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "أنه لو" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "يكون" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) وفي الأصل: "كما في أجل العنين".

(٥) العبارة: "فإن القاضي يوجله سنة مستقبلة" ساقط من(ا) و (ب).

ولايقال: أن فيه إبطال وصية العبد؛ لأنه علق العتق بأداء الحج في تلك السنة، فإذا لم يحج يفوت الشرط، فتبطل وصيته.

قلنا: نعم! لكن لو لم يمنع من الحج[1] يبطل حق الورثة في خدمة العبد[2] لما قلنا، فرجّحنا جانب الورثة، لأن حقهم ثبت بإثبات الله تعالى، وإنه مما لايحتمل البطلان، وحق الموصى له ثبت بإثباته، وإنه مما يحتمل البطلان، ولهذا تبطل الوصية فيما زاد على الثلث لحق الورثة، هذا كمن قال لعبده: اخدُم فلانا هذا الشهر وأنت حُرّ، ثم مات، ولامال له سواه، وأبَى الورثة أن يخدم فلانا الشهر، فإنه يخدم الموصى له يوما والورثة يومين، وإذا مضى الشهر بطلت وصيته كذلك ههنا.

ولو قال له المولى: حَجّ عني [بعد موتي][3] بخمس سنين في سنة كذا وأنت حرّ، فأراد الورثة أن يعجّلوا ذلك، لم يكن لهم ذلك، لأن تنفيذ الوصية حق الميت، فيراعى فيه شرط الميت، وليس في التأخير إبطال حق الورثة، فإن لهم ولاية الاستخدام والاستغلال وغير ذلك من التصرفات إلى تلك السنة، إلا البيع، والموصى يملك إبطال حق الورثة في البيع، ألاترى أنه لو أوصى بأن يخدم فلانا خمس سنين، فإنه يخدم الورثة يومين، وفلانا يوما، ولايملك الورثة بيعه.

وكذا لو قال: يخدم فلانا عشر سنين ثم هو حُرّ، يصح ذلك، فيخدم الورثة يومين،

---

(١) "من الحج" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) وفي الأصل: "في خدمته".

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

والموصى له يوما إلى تمام ثلاثين سنة، ثم يعتق، وعليه السعاية في ثلثي قيمته، وليس لهم أن يبيعوه. كذلك هنا يخدم الورثة إلى تلك السنة، ثم يحجّ عن الميت في تلك السنة، ثم يعتق، ويسعى للورثة في ثلثي قيمته، فإن كان أوصى مع ذلك لرجل بثلث ماله، سعى للورثة في ثلثي قيمته وللموصى له في ربع الثلث، وسلم له الباقي.

وأما الفصل الثالث وهو التعليق بأداء المال:

فهو على وجهين: إما إن علّقه بأداء مال مطلقٍ غير مقيد بصفة، أو قيّده بصفة، وكل[1] ذلك على وجهين: إما إن كان شيئا يصلح بدلا في الكتابة أو لايصلح.

أما إذا علقه بأداء مال مطلق، فقال: إذا أدّيت إليّ ألف درهم فأنت حُرّ، فأتى بالألف، أجبر [المولى][2] على القبول، لأنه عوِض.

وإن جاء بخمسمائة، القياس أن لايجبر على القبول، لأنه لا يحصل[3] به العتق، فلايجبر، كما لو قال: إذا أديت إلى ألفا فجهت بها فأنت حر، فجاد بألف لا يجير على القبول لأنه لا ينزل به العتق، وإنما ينزل با لحج[4] كذلك هنا، وفي الاستحسان يجبر، لأنه بعض العوض، وللبعض حكم الكل، كبعض بدل الكتابة وبعض الثمن.

بخلاف فصل الاستشهاد، لأن ثمّة لمّا عطف عليه ما لايصلح عوضا، وهو الحج،

---

(١) "كل" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من بقية النسخ.

(٣) وفي (ج): "لاينزل".

(٤) من قوله: "فلا يجبر كما لو قال" إلى "وإنما ينزل بالحج" ساقط من (ج) و (د).

ترجّح جانب الشرط. وبطل حكم[1] العوض، ولأن العادة فيما بين الناس أنهم لايريدون به أداء الكل دفعةً واحدة، لأن ذلك مما لايتيسّر عليهم، كيف وأن الأداء لايكون إلا بالوزن، وأنها تُوزن على التفاريق لا جملةً، و«المعروف عرفا كالمشروط شرطا»[2].

ولو شُرِط التفاريق فقال: إذا أدّيت إليّ ألفا، خمسمائة اليوم، وخمسمائة إذا قدم فلان فأنتَ حُرّ، فأتى بخمسمائة في اليوم قبل قدوم فلان، يجبر على القبول، وإن كان لايحصل به العتق، كذلك هنا.

ولو قال: إذا قدم فلان فأدّيت إليّ ألفا فأنت حُرّ، فجاء بألف بعد قدوم فلان، أجبر

---

(١) "حكم" ساقط من(ا) و (ب).

(٢) قاعدة معروفة في الكتب الفقهية، فالشرط المتعارف يعتبر ويراعى في كل محل، بشرط أن لايكون مصادما للنص، وإذا تعارف الناس واعتادوا التعامل عليه بدون اشتراط صريح فهو مرعي ويعتبر بمنزلة اشتراط الصريح، أما إذا كان الشرط المتعارف مصادما للنص بخصوصه فلا يعتبر إذا تعارف الناس العمل عليه بدون اشتراط، فلو تعارف الناس مثلا تضمين المستعير أو المستأجر ما تلف من العين بدون تعدّ منه ولا تقصير، لايعتبر ذلك التعارف، لأنه مضاد للشرع.
واشتهرت القاعدة بالصيغة التي ذكرها قاضي خان، وهو المذكور في مادة: ٤٣، من مجلة الأحكام العدلية، ولها صياغات أخرى: «الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي» و «المعروف عرفا كالمشروط شرعا» و «الثابت بالعرف كالثابت بالنص» و «المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ» و «المعروف بين التجار كالشرط بينهم» مادة: ٤٤. و«الثابت عُرفا كالثابت شرطاً» «فتاوى قاضي خان» ١/ ٣٨٥ و ٣٨٧.
انظر تفريعات هذه القاعدة وتطبيقاتها في «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ١٠٨ وما بعدها، و «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١/ ٤٦.

على القبول، لأن المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز، فصار كأنه قال بعد القدوم: إذا أديت إليّ ألفا فأنت حرٌ، فجاء بالألف، يجبر على القبول، كذلك هنا.

ولو جاء بألف قبل قدوم فلان، لايجبر على القبول، لأن هذا كلام تعلّق ثبوته بالقدوم، فلايظهر حكم المعاوضة قبل القدوم، ولو قبل المولى لايعتق، لأن العتق لم يتعلق بالأداء قبل القدوم، فلاينزل عند وجوده.

فإن جاء بألف بعد قدوم فلان، وقبلها المولى، [عتق لوجود الشرط](1)، ثم علم أن الألف كان من كَسْب اكتسبها قبل القدوم، رجع المولى عليه بمثلها، لأن أكساب العبد قبل القدوم مال المولى، لأنها كسب عبده، وإنما تصير للعبد في ضمن اليمين حين يصير مأذونا في التجارة، وإنما يثبت اليمين بعد القدوم، فقبل القدوم يكون محجورا عن(2) التجارة، فكانت مكاسبه للمولى، فيعتق بالأداء لوجود الشرط، ثم يرجع عليه بمثلها.

كما لو قال: إن أدّيتَ إليّ ألفا فأنت حرٌ، فسرق ألفا، وأدّاه إليه يعتق، ثم يرجع عليه بمثلها عند الاستحقاق، كذلك هنا.

ولو قال لعبده(3): إن أدّيت إليّ عبدا فأنت حرٌ، أو قال: إن أدّيت إليّ كر حنطة فأنت حرٌ، فجاء إليه بعبد وسط أو مرتفع، يجبر على القبول، لما ذكرنا أن فيه معنى المعاوضة، فيجبر على القبول.

---

(١) ما بين المعكوفتين مثبت من (ا) و(ج).

(٢) وفي الأصل "في" وهو خطاء.

(٣) "لعبده" ساقط من (ا) و (ب).

وإن جاء بعبد رديء، لايجبر على القبول، لأن الجبر على القبول من قضيات المعاوضة، واعتبار المعاوضة يوجب تعيين الوسط رعايةً للجانبين، فلايجبر على قبول الرديء، فإن قبِل عتق، لأن اسم العبد واسم الحنطة يتناول الكل، وتعيين الوسط كان لدفع الضرر من الجانبين، فإذا تحمّل الضرر، وقبل الرديء عتق لوجود الشرط.

ولو قال: إن أديت إليّ عبدا وسطا، أو كرا وسطا فأنت حُرّ، فجاء بعبد وسط، يجبر على القبول، ولو جاء بعبد أو كر رديء أو مرتفع، لايجبر علي القبول، وإن قبِل لايعتق.

فرق بين هذا وبين الكتابة، فإن ثمّة إذا جاء بجيّد يجبر على القبول، ولو جاء بكر رديء لايجبر على القبول[1]، ولو قبل يعتق.

والفرق ما قلنا في أصل الباب: أن معنى المعاوضة في الكتابة أصل يقبل الحطّ، ولهذا لو أبرأه عن بدل الكتابة يعتق، فكذا إذا أبرأه عن صفة الوساطة، وفي تعليق العتق[2] بالأداء جانب اليمين راجح، ولهذا لو أبرأه عن البدل لايعتق، فيجب فيها اعتبار ما تلفّظ به، فلايعتق بدونه لفقد الشرط[3].

كما لو قال لعبده: إذا أديت إليّ ألفا في كيس أبيض فأنت حُرّ، فأدّى إليه ألفا في كيس أسود، وقبِل المولى، لايعتق لعدم الشرط، كذلك هنا، بخلاف ما إذا لم يقيّده بصفة

---

(١) "على القبول" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) وفي النسخ الأخرى: "وفي التعليق".

(٣) قوله: "فلا يعتق بدونه لفقد الشرط" ساقط من (ا) و (ب).

الوساطة، لأن ثمّة تعليق العتق بأداء العبد المطلق، وأداء الكر، واسم العبد يتناول الكل، فإذا قبل يعتق لوجود الشرط. كما لو قال لعبده: إذا أديت إليّ ألفا في كيس أبيض فأنت حر، فأدى إليه ألفا في كيس أسود وقبل المولى لا يعتق لعدم الشرط كذلك ههنا. بخلاف ما إذا لم يقيده بصفة الوساطة لأن ثمة تعلق العتق بأداد العبد المطلق و أداد الكثر، واسم العبد يتناول الكل، فإذا قبل يعتق لو جود الشرط[1].

وإذا قال لعبده: أعتق عنّي عبدا وأنت حُرّ، ذكرنا أنه ينصرف إلى الوسَط، فإن اشترى عبدا مرتفعا، وأعتق، جاز شراؤه، ولايعتق واحد منهما لما قلنا.

فرق بين هذا وبين ما لو علّق العتق بأداء العبد، فقال: إذا أديت إليّ عبدا فأنت حُرٌ[2]، ينصرف إلى الوسط، فإن جاء بعبد مرتفع، يجبر على القبول ويعتق.

والفرق أن المذكور في الفصلين العبد المطلق، وانصرف إلى الوسط[3]، إلا أن في تعليق العتق بأداء العبد ضرر تسليم الجيد يرجع إلى العبد دون المولى، فإنه المولى[4] يسلم له صفة الجودة، فإذا رضي به العبد صح أداء الجيد.

أما في فصل الإعتاق ضرر إعتاق الجيد يرجع إلى المولى، لأن ذلك يهلك على

---

(١) من قوله: "كما لو قال لعبده" إلى آخر الفقرة ساقط من (ج) و (د). و ثبت في الأصل و في (ا) و (ب).

(٢) سقطت العبارة من قوله: "إذا أديت إلى عبدا فأنت حر" من (ا) و (ب).

(٣) قوله: "وانصرف إلى الوسط" ساقط من (ا) و (ب)

(٤) "المولى" ساقط من النسخ الأخرى.

ملكه، والمولى لم يرض بذلك، فلايصح إعتاق الجيد، فلايعتق المأمور ضرورة.

ثم استشهد رحمه الله فقال: ألاترى أنه لو استفاد عبد ين وسطين[1] فأعتقهما، لم ينفذ عتقه فيهما، لأن المولى ما رضي إلا بعتق أحدهما وكسبه للمولى، فلايملك إزالة ملكه إلابإذنه، كذلك هنا فضل الجَودة في العبد الواحد ملك المولى، فلايملك إزالتها إلا بإذنه[2]، إلا أن في العبد الواحد لاينفذ إعتاقه أصلا، وفي العبدين الوسطين يعتق أحدهما بغير عينه، لأن في العبد الواحد صفة الجودة لاتقبل الفصل عن الأصل، فإذا تعذّر تنفيذ العتق فيها، بطل أصلا.

أما في العبدين كل واحد منهما منفصل عن الآخر، وهو ممتثل أمره في أحدهما، فيعتق أحدهما بغير عينه، ويرجع في البيان إلى المولى، لأن العتق ينفذ من جهته، ويعتق المأمور لوجود الشرط.

ولو قال: إذا أديت إليّ ألف درهم فأنت حُرّ، فباعه، ثم اشتراه، فأدى إليه[3] الألف، لايجبر المولى[4] على القبول لان الجبر على القبول[5] حكم الكتابة، لاحكم اليمين، فإن الحالف لايجبر على تحصيل شرط الحنث، والكتابة تبطل بالبيع، ألا ترى أن

---

(١) وفي (ج): وسطا.

(٢) من قوله: "كذلك ههنا فضل الجودة" إلى قوله: "إلا بإذنه" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) "إليه" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) "المولى" ساقط من النسخ الأخرى.

(٥) قوله: "لأن الجبر على القبول" ساقط من (ج) و (د).

المكاتَب إذا بيع براضاه حتى نفذ البيع، تبطل الكتابة، كذلك هنا تبطل الكتابة، ويبقى اليمين، حتى لو قبِل يعتق لوجود الشرط.

وكذا لو ردّ عليه بعيب أو بخيار شرط أو رؤية، لأنه عاد إليه بعد خروجه عن ملكه، وبخروجه عن ملكه يبطل معنى الكتابة، وشبه هذا في الكتابة بما لو كاتب عبدَه على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم باعه، يجوز بيعه، وتبطل الكتاب[1]، حتى لو اشتراه بعد ذلك لم يكن مكاتبا، كذلك هنا. وإذا بطل معنى المعاوضة ذهب الجبر على القبول، لأنه من أحكام المعاوضة.

هذا إذا علّق العتق بأداء مال معلوم يصلح بدلاً في الكتابة، وإن علّقه بأداء مال مجهول، فقال: إذا أدّيت إليّ دراهم فأنت حُرّ، فأتاه بثلاثة دراهم فصاعدا إلى تمام قيمته أو أكثر، لايجبر على القبول، لأن الجبر على القبول بحكم المعاوضة، والدراهم المجهولة لاتصلح بدلاً، لأنه لانهاية لما يتناوله هذا الاسم، فكانت مُفضية إلى المنازعة، ولايمكن دفعها بتعيين بعض الأعداد، وإذا بطل معنى الكتابة، بقيت يمينا، لأن الجهالة لاتمنع صحة اليمين، فإذا أتاه بثلاثة دراهم، وقبِلها عتق لوجود الشرط، لأن الثلاث جمع مطلق.

وكذا لو قال: إذا أدّيت إليّ ثوبا فأنت حُرّ، لأن الثوب يتناول أجناسا مختلفة، فكانت الجهالة فاحشة، وإن أتاه بثوب، وقبِل، عتق لوجود الشرط.

ولو قال لورثته: إذا أتاكم عبدي بعد موتي بكرّ حنطة أو بعبد فهو حُرّ، فهو على الوسط، وإن أتاهم بذلك، وقبِلوا، لايعتق إلابإعتاق من كان خَلَفا عن الميت لما قلنا.

---

(١) وفي (ج) و (د): الكتابة، وهو خطاء.

ولو قال: "إذا أدّى[1] إليكم بعد موتي دراهم أو ثوبا فهو حُرّ"، فهو باطل، لأنه لايمكن اعتبار معنى اليمين، لأن اليمين تبطل بالموت، وتعذّر اعتبار الكتابة، لجهالة البدل، فهذه وصية تعلقت بشرط مجهول لايقدر على تحصيله، فتبطل.

ثم قال في الكتاب: وقد قال بعض فقهائنا: إذا قال لعبده: "إذا أدّيت إليّ ألفا فأنت حُرّ"، فأدّى إليه ألفا، لايجبر على القبول، ولو كانت مقالته في مرض الموت، لم تكن الألف عوضا، بل يكون إعتاقا بغير عوض، وهذا قول زفر، لأنه يعتبره شرطا، وهي مسألة معروفة.

ثم احتجّ عليه، فقال: لو أضاف إلى ما بعد الموت، فقال: "إذا أتاكم عبدي هذا بألف بعد موتي فهو حُرّ"، ينبغي لهذا القائل أن يقول: لايصح ذلك، ولايحتسب بذلك، لأن اليمين تبطل بالموت، فيجعل هذا وصية بالإعتاق بغير مال، فيعتق من الثلث، أدّى المال أو لم يؤدّ.

وهذا مخالفٌ لما عليه أمور الناس في وصاياهم، ومخالف لما يُفهم من كلامه، لأن المقصود من هذا الكلام إيصال العتق إلى العبد، والمال إلى الورثة.

---

(١) وفي (ا) و (ب): إذا أدى عبدى.

كتاب البيوع

باب من البيع الذي يرجع فيه[1] بالثمن وما لايرجع إذا استحقّ المبيع

بني الباب على أصول:

منها: أن سلامة المبيع للمشتري توجب سلامة الثمن للبائع[2].

واستحقاق المبيع على المشتري يوجب الرجوع بالثمن على البائع[3]، تحقيقا لمقتضى[4] المعاوضة، وهو المساواة.

ومنها: أن القضاء بالملك المطلق على ذي اليد قضاء عليه، وعلى من تلقّى الملك

---

(١) "فيه" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) ذكر قاضي خان هذا الضابط بإيجاز في ص ٥٥٤: "سلامة الثمن بسلامة المبيع"، ثم علّله في مكان آخر بقوله: "سلامة الثمن للبائع حكم بسلامة المبيع للمشتري، لأن البيع عقد معاوضة، فيقتضي سلامة بإزاء سلامة، وتسليما بإزاء تسليم". ص ٧٨١، وقال الإمام السرخسي: "سلامة البدل كسلامة الأصل"، «المبسوط» ١٠/ ١٤١.

(٣) وذكر في «الحاوي» ضابطا في معناه: "استحقاق الثمن يوجب إبطال البيع". انظر كتاب الشفعة من «الحاوي» ٧/ ٢٩٣.

(٤) وفي (ج) و (د): "لمعنى".

منه، دون غيره[1].

والقضاء بالحريّة وفروعها قضاء على كافّة الناس، لأن الحرية تُثبت أحكاما متعدّية من أهلية الولايات والشهادات وغيرها[2]، فالقضاء بها قضاء بتلك الأحكام، فيتعدّى إلى الكل، وينتَصِب البعض خصما عن البعض[3].

أما القضاء على ذي اليد قضاء بعدم ملكه، فينعدم ملك بائعه ضرورةً، ولاينعدم ملك غيره، إذ ليس من ضرورة عدم ملك ذي اليد عدم ملك غيره.

وحقيقة الفقه فيه أن القضاء بالحرية قضاء بعدم الرقّ، والرقّ إذا انعدم في حق شخص ينعدم في حق الكل، إذ يستحيل أن يكون الشخص رقيقا في حق زيد، حراً في حق عمرو.

---

(١) ومثله ما ذكره قاضي خان في ص ١٨١٧: "القضاء بالملك المطلق قضاء على المدعى عليه وعلى من تَلقّى الملك منه".

(٢) ولذا عرّف الفقهاء الحرية والعتق في الاصطلاح: بأنه إثبات القوة الشرعية التي بها يصير المعتَق أهلا للشهادات والولايات، قادرا على التصرف في الأغيار، وعلى دفع تصرف الأغيار عن نفسه. كذا في «درر الحكام في شرح غرر الأحكام» لملا خسرو، ٢/ ٢، وانظر: «تبيين الحقائق» ٣/ ٦٦، و «مغني المحتاج» ٤/ ٤٩١، و«أنيس الفقهاء» ص ١٦٨.

(٣) لأن الحرية حقّ الله تعالى، ولهذا لا يجوز اِسترقاق الحر برضاه، والناس كلهم خصوم في إثبات حقوق الله تعالى بعلّة النيابة عن الله تعالى لكونهم عبيد الله، فكان حَضرة الواحد حضرة الكل، والقضاء على الواحد قضاء على الكل، كالورثة لما قاموا مقام المورث في إثبات حقوقه وفي الدفع عنه بعلة الخلافة، قام البعض مقام الكل، كذلك ههنا. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٤٨.

وأما الاستحقاق قضاء بعدم ملك ذي اليد، ويجوز أن يكون الملك عدما في حق شخص دون شخص[١].

ومنها: أن من أقرّ بما يملك إنشاءَه في الحال، يصح إقراره[٢]، ويجعل إقراره بمنزلة الإنشاء، لإنعدام التهمة، وإن أقرّ بما لايملك إنشاءه في الحال[٣] لايصح إقراره في حق غيره لمكان التهمة.

ومنها: أن البينة على النِتاج لاتعارضها البينة على الملك المطلق، لأن النتاج أكثر إثباتا في أوّليّة الملك، وإن أقامها صاحب اليد تبطل بها بيّنة المدّعي على الملك المطلق.

وقال ابن أبي ليلى[٤]: لاتقبل البينة على النتاج من صاحب اليد، كما لاتقبل بيّنته

---

(١) لأن القضاء بالملك لايكون قضاء على كافة الناس، لأن الملك خالص حق العبد، فالحاضر لم ينتصب خصما عن الغائبين، لعدم ما يوجب انتصابه خصما، فالقضاء عليه لا يكون قضاء على غيره. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٤٨.

(٢) يؤيّده ما ذكر الإمام السرخسي ضابطا بمعناه: "من أقرّ بما يملك إنشاءَه يكون مصدّقا في ذلك". راجع «المبسوط» ٢٧/ ٢٢.

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٤) هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، أبو عبد الرحمن الأنصاري، قاضي الكوفة ومفتيها، ولد سنة أربع وسبعين، وتوفي سنة ١٤٨هـ تفقّه على أخيه عيسى و أخذ عن الشعبي و عن عطاء بن أبي رباح، وحدّث عنه شعبة وسفيان بن عيينة وسفيان الثوري، وروي عن الإمام أبي يوسف: "ما ولي القضاء أحد أفقه في دين الله، ولا أقرأ لكتاب الله، ولا أقول حقا بالله، ولا أعفّ عن الأموال من ابن أبي ليلى".

انظر: «طبقات الفقهاء» للشيرازي ص ٨٥، و «سير أعلام النبلاء»، ٦/ ٣١٠.

على الملك المطلق[١].

وإذا تعارضت البينتان على النتاج، رجّحت[٢] بينة صاحب اليد، فيُقضى له، وعلى قول عيسى[٣] تهاترت البينتان[٤]، وترك الشيء في يده كما كان[٥].

ومنها: أن صاحب اليد إذا أقام البينة على الملك المطلق لاتقبل بينته عندنا[٦]، خلافا للشافعي[٧].

---

(١) ذكر الجصاص قول ابن أبي ليلى هذا في شرحه للجامع الكبير، في باب الدعوى والبينات، مخطوط، ورق ١/ ٢٣٣.

(٢) وفي (ا) و (ب): "ترجح".

(٣) هو الإمام عيسى بن أبان بن صدقة، القاضي، وتقدم ترجمته في ص ٤١١.

(٤) "تَهَاتَرَت البينات": إذا تساقطت وبطلت، مأخوذ من «الهِتْر»، وهو السقَط من الكلام والخطأ فيه، وتهاتَر الرجلان: إذا ادّعى كل واحد على الآخر باطلا. «المغرب» للمطرزي ٢/ ٣٧٧، والمصباح المنير ص ٦٣٣.

(٥) قال بدر الدين البكري: "إذا تعارضت البينتان تساقطا"، «الاعتناء في الفرق والاستثناء» لبدر الدين محمد بن أبي بكر بن سليمان، البكري الشافعي، ٢/ ١٠٧٦.

(٦) ذكره الجصاص عند تأصيله "باب من الدعوى والبينات الذي يكون بعضها أولى من بعض"، فقال: الأصل في هذا الباب أن بينة الإنسان غير مقبولة على ما في يده، وهي مقبولة على ما في يد غيره. انظر: «شرح الجامع الكبير» للجصاص، مخطوط، ورق ١/ ٢٧٤.
راجع لتفصيل الأدلة: «المبسوط» ١٧/ ٣٢، ٣٤، «البناية في شرح الهداية» ٧/ ٤٠٣، ٤٠٤.
واتفقت الحنابلة مع الحنفية في هذا الأصل، انظر: «المغني مع شرح الكبير» ١٢/ ١٦٧.

(٧) الخارج وذو اليد إذا أقاما البنة في دعوى دار، فإن البينة بينة الخارج عند الحنفية، وعند الإمام الشافعي بينة ذي اليد أولى. قال الشربيني الخطيب: لو كان العين بيد أحدهما ويسمى الداخل؛

ومنها: أن المقضيّ عليه إذا أقام البينة على الوجه الذي قضى عليه، لاتقبل كيلا يؤدّي إلى التهاتر، وإذا أقام البينة على غير ذلك الوجه بأن أقام البينة[1] على النتاج أو على الشراء من المدّعي، تقبل، لأنه لايؤدي إلى التهاتر.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: أمة في يد رجل يقال له "عبد الله"، فقال رجل يقال له "إبراهيم" لرجل يقال له "محمد": الأمة التي في يد عبد الله بعتها منك بألف درهم، وسلّمتها إليك، فقال محمد: صدقتَ، ولكن غلب عليها عبد الله، ويزعم أنها أمته، يقال لإبراهيم أن يرجع[2] بالثمن على محمد، لأنهما تصادقا على البيع والتسليم، ووجوب الثمن، وتصادُقهما حجّة في حقهما، فيقضى بالثمن على محمد، ولاسبيل له على الجارية، لأنها في يد عبد الله، وهو يدّعيها، فكان القول قوله، وليس لمحمد أن يمنع الثمن من إبراهيم، ويحتجّ بذلك بقصر يده عن الجارية، لأن الثابت بتصادقهما في حقهما كالثابت عَيانا.

ولو عاينّا أنه باع وسلّم، ثم غصبها غاصب، لايسقط الثمن عن المشتري، لأن شرط تأكّد الثمن على المشتري وجود التسليم، لا إدامته كذلك ههنا[3] فإن جاء مستحق، واستحقها من يد عبد الله بالبينة، لايرجع محمد بالثمن على إبراهيم بحكم ذلك

فأقام غيره بها بينة، وأقام هو بها بينة، قدّم صاحب اليد ببيّنته، لأنهما استويا في إقامة البينة وترجحت بينته بيده. «مغني المحتاج» ٤/ ٦٣٧. انظر «الأم» ٦/ ٢٣٥، «نهاية المحتاج» للشربيني ٨/ ٣٦٢/، «منهاج الطالبين» للنووي، ص١٥٦.

(١) وفي (ا) و (ب): "ولو أقامها".

(٢) وفي (ا) و (ب): "أن يأخذ".

(٣) "كذلك ههنا" ساقط من (ا) و (ب).

الاستحقاق، لأن الاستحقاق على عبد الله اقتصر عليه، ولم يتعدّ إلى محمد، لأن عبد الله لم يتلقّ الملك منه.

وقد ذكرنا في أصل الباب أن القضاء بالملك قضاء على ذي اليد، وعلى من تلقى الملك منه[1] دون غيره، ألاترى أنّ محمدا لو أقام البينة على المستحق أنها أمته، اشتراها من إبراهيم، قُبلت بينته، ولو صار مقضيا عليه بذلك، لم تقبل.

وكذا لو أقام المستحق البينة على عبد الله أنها أمته ولدت في ملكه، لايرجع محمد بالثمن على إبراهيم، وإن كان الملك في النتاج يثبت من الأصل، لأن القضاء بالملك المطلق قضاء من الأصل[2]، ولهذا يستحق الزوائد المتصلة والمنفصلة[3]، فكانا سواء.

ولو قضى عليه [بالملك المطلق][4]، لايرجع محمد بالثمن [5] على إبراهيم، لما ذكرنا أنه لم يصر مقضيًا عليه بذلك القضاء[6]، فكذا لك في النتاج، ولهذا لو أقام محمد البينة على المستحق أنها أمته اشتراها من إبراهيم بثمن معلوم، وأنه يملكها، قضى له كما في

---

(١) وجّه له العتابي بأن من تلقّى الملك من جهته يصير مقضيا عليه أيضا للزوم أثر القضاء عليه لاتحاد الملك. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٤٨.

(٢) أشار إليه السرخسي بهذا الضابط: "الاستحقاق بالبينة يوجب الملك للمستحق من الأصل". انظر كتاب الإقرار من «المبسوط» ١٨/ ٧٥.

(٣) والضابط في ذلك كما ذكره السرخسي: "استحقاق الأصل بالبينة يوجب استحقاق الزوائد المنفصلة". «المبسوط» ١٧/ ١١٠.

(٤) مابين المعكوفتين مثبت من (ا) و (ب).

(٥) بالثمن ساقط من النسخ الأخرى.

(٦) قوله: "لما ذكرنا أنه لم يصر مقضيا عليه بذلك القضاء" ساقط من(ا) و (ب).

الملك المطلق.

فلو أنّ محمدا أقام على المستحق بينة على هذا الوجه، ولم يقض القاضي له حتى أعاد المستحق بينة على النتاج على محمد، كان المستحق أولى، كما لو أقامها ابتداء.

هذا إذا أقام محمد البينة على المستحق أنها أمته اشتراها من إبراهيم، وهو يملكها. فلو أنه لم يقم البينة على هذا الوجه، ولكن أقام البينة على المستحق أنها أمته، اشتراها من إبراهيم بثمن معلوم، وإنها قد ولدت في ملكه، يقضى له، لما ذكرنا أنه لم يصر مقضيا عليه بالاستحقاق على عبد الله، إلاأن يعيد المستحق بينته على النتاج على محمد.

فإن لم يعد المستحق بينته على النتاج على محمد، حتى قضى القاضي لمحمد، ثم أعاد المستحق بينته على النتاج، يقضى له، لأنه لو أعادها قبل القضاء لمحمد، كان هو أولى، لأنه صاحب يد، فكذا إذا أعادها بعد القضاء يقضى له، ويرجع محمد بالثمن على إبراهيم، لأنه صار مقضيا عليه، وعلى قول عيسى لايرجع، لأنه لم يصر مقضيّا عليه، بل تركت في يد المستحق قضاء تَرك.

ولو لم يستحق الجارية، ولكن أقامت الجارية البينةَ على عبد الله أنها حرة الأصل، وقضى القاضي بها، رجع محمد بالثمن على إبراهيم، لما ذكرنا أن القضاء بالحرية قضاء على كافة الناس، فصار محمد مقضيا عليه بذلك القضاء. ألاترى أنّ محمدا لو أقام البينة على الأمة أنها أمته، اشتراها من إبراهيم، وهو يملكها لاتقبل.

ولو أن الأمة لم تدع أنها حرة الأصل، ولكن أقامت البينة على عبدالله [1] أنها أمته، أعتقها أو دبَّرها أو ولدت منه، فقضى القاضي بذلك، كان لمحمد أن يرجع بالثمن على إبراهيم.

---

(١) قوله: "على عبد الله" ساقط من (ج) و (د).

ولايقال: إعتاق عبد الله لايصح بدون الملك، والقضاء بالملك لايكون قضاءً على كافّة الناس، لأنا نقول: القاضي قضى بالعتق، والقضاء بالعتق قضاء بملك المعتق، لأن الإعتاق لايصح بدون الملك، والقضاء بالعتق قضاء على كافة الناس، فكذلك القضاء بما في ضمنه.

ولأن القاضي قضى لعبد الله بملك مؤكّد بالإعتاق، والملك المؤكد بالإعتاق مما لايحتمل البطلان والزوال، لو بطل إنما يبطل بملك سابق، وما تصادق عليه إبراهيم ومحمد من الملك غير مؤكد بالإعتاق، وإنه محتمل يحتمل أنه كان قبل ملك عبد الله، ويحتمل أنه كان بعده بواسطة الردة، واللحوق بدار الحرب، والسبي بعده.

فإن كان الملك الذي تصادقا عليه قبل ملك عبد الله يظهر به بطلان إعتاق [1]عبد الله، وإن كان بعده لايظهر به بطلان الإعتاق[2]، فلايبطل العتق بالشك. ألاترى أن البينتين إذا تعارضتا على الملك، وفي إحداهما عتق يقضى بالملك المؤكد بالإعتاق، كذلك هنا. وإذا ظهر ملك عبد الله بقضاء القاضي في حق محمد، صار محمد مقضيا عليه بذلك القضاء.

ولهذا لو أقام محمد البينة على الشراء من إبراهيم وهو يملكها، فكان لمحمد أن يرجع بالثمن على إبراهيم[3]، وكذلك التدبير والاستيلاد، لأنه حق العتق، وإنه لايحتمل الفسخ، فيكون ملحقا بالعتق.

ولو أقامت الأمة البينة على عبد الله أنه كاتبها ببدل معين، وقضى القاضي بذلك،

---

(١) وفي (ا) و (ب): "عتق" وهو خطاء.

(٢) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): لا يظهر بطلانه.

(٣) قوله: "وهو يملكها فكان لمحمد أن يرجع بالثمن على ابراهيم" ساقط من(ا) و (ب).

لايرجع محمد بالثمن على إبراهيم، لأن الكتابة عقد[١] يحتمل الفسخ، فاقتصر القضاء على عبد الله. ولهذا لو أقام محمد البينة أنها أمته، اشتراها من إبراهيم بثمن معلوم، وأنه يملكها، قبلت بينة[٢]، بخلاف التدبير والاستيلاد، وهذا لأن العتق وفروعه حادث وكذا لك الشراء، وفي الحوادث إذا لم يعلم التاريخ يجعل كأنهما وقعا معا.

والعتق والتدبير والاستيلاد، إذا قارن الشراءَ يبطل الشراء، لأن الشراء مما يحتمل النسخ[٣] والعتق، وفروعه لايحتمل، فيبطل الشراء، بخلاف الكتابة فإنها إذا قارنت الشراء، لايبطل الشراء، لأن الكتابة مما تحتمل الفسخ كالشراء، فلايظهر بطلان الشراء، وإذا لم يظهر بطلان الشراء، لايرجع محمد بالثمن على إبراهيم.

فلو أنها أدّت الكتابة[٤] وعتقت، رجع محمد بالثمن على إبراهيم، لأن الكتابة إذا اتصل بها الأداء تصير عتقا، وصار القضاء بالكتابة قضاء بالعتق، بخلاف ما قبل الأداء، ولهذا لو أقام محمد البينة عليها أنها أمته، اشتراها من إبراهيم بثمن معلوم، بعد ما أدى[٥]، لاتقبل، ولو أقامها قبل الأداء تقبل.

ولهذا قلنا: إنّ الأب والوصيّ إذا أقرّا بكتابة عبد الصغير يصح، ولو أقرّا بالكتابة، وقبض بدل الكتابة[٦] لايصح، لأن الإقرار بالكتابة وقبض البدل إقرار بالعتق[٧]، وهما

---

(١) "عقد" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "بينة" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وفي النسخ الأخرى: "النقض".

(٤) وفي النسخ الأخرى: "المكاتبة".

(٥) وفي (ا) و (ج): "بعد الأداء".

(٦) "الكتابة" ساقط من (ج) و (د).

لايملكان الإقرار بالعتق.

ولو أنّ عبدَ الله أقرّ أنه اشترى الأمة من محمد بمائة دينار، ونقَدَه الثمن، وصدّقه محمد بذلك، ثم جاء رجل، واستحق الأمة من يد عبد الله بالبينة، فالمسألة على وجوه ثلاثة:

إن كان تصادقهما بذلك قبل استحقاق الجارية، رجع محمد على إبراهيم بالثمن، لأنهما تصادقا على البيع في حال يملكان إنشا البيع[1]، فيجعل تصادقهما بمنزلة إنشاء البيع ولو أنهما أنشأ البيع ثم استحقت الأمة من يد عبد الله، يرجع محمد بالثمن على إبراهيم، كذلك هنا.

ولو تصادقا بذلك بعد ما استحقت الأمة من يد عبد الله[2]، رجع عبدالله بالثمن على محمد، ولا يرجع محمد بالثمن على ابراهيم، لأنهما لا يملكان البيع بعد الاستحقاق، فكان تصادقهما بعد الاستحقاق حجة في حقهما، لانعدام التهمة، دون غيرهما لمكان التهمة، فلهذا يرجع عبد الله بالثمن على محمد، ولايرجع محمد بالثمن[3] على إبراهيم.

ونظيره ما لو أقرّ الزوج بالرجعة، إن أقرّ حال قيام العدة يصح، وإن أقرّ بعد الانقضاء لايصح، وكذا الوكيل بالبيع إذا أقرّ بالبيع قبل العزل يصح، وبعده لايصح، لأنه لايملك الإنشاء.

---

(٧) وفي (ا) و (ب): لأنه أقر بالعتق.

(١) "البيع" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) والعبارة في (ا) و (ج): ولو تصادقا بعد الاستحقاق، رجع عبد الله.

(٣) "بالثمن" ساقط من (ج) و (د).

والوجه الثالث: لو أقرّ عبد الله قبل الاستحقاق أنه اشترای الأمة[1] بمائة دينار من محمد، ونقَده الثمن، وصدّقه محمد بعد الاستحقاق، فهذا وما لو تصادقا بعد الاستحقاق سواء، لأن القضاء على عبد الله إنما يصير قضاءً على محمد، إذا صدّقه محمد فيما أقرّ، حتى لو كذّبه لم يكن ذلك قضاءً على محمد، وتصديق محمد وُجد بعد الاستحقاق، فلم يكن حجة على إبراهيم كما في الوجه الثاني.

والفقه فيه أنّ الإقرار إذا كان قبل الاستحقاق، والتصديق بعده، صار مكذبا في إقراره بقضاء القاضي للمستحق قبل التأكيد، فبطل إقراره، فلايتصل به التصديق، إلا أنّ عبد الله لما كان مصرًا على ذلك الإقرار بعد الاستحقاق، فإذا صدّقه محمد، اتصل التصديق بإقرار وجد بعد الاستحقاق، فصح في حقهما دون غيرهما، فلهذا رجع عبد الله على محمد، ولايرجع محمد على إبراهيم.

فرّق بين هذه المسألة وبين مسألة ذكرها في الجامع[2]:

إذا باع جارية بيعا فاسدا، وسلّمها إلى المشتري، ثم أراد البائع أن يستردّها بحكم فساد العقد[3]، فقال المشتري: بعتها من فلان الغائب بكذا، وسلّمتها إليه، ثم أودَعَنيها وغاب، وكذّبه البائع، كان للبائع أن يستردّها منه، فإن حضر الغائب، وصدّقة فيما قال[4]، ردّت الجارية عليه وبطل استرداد البائع[5].

---

(١) وفي النسخ الأخرى: اشتراها.

(٢) ذكر الإمام محمد رحمه الله هذه المسألة في: "باب من البيع الفاسد الذي ينقض" من «الجامع الكبير» ص ٢٥٧.

(٣) وفي النسخ الأخرى: لفساد البيع.

(٤) كذا في الأصل، وفي النسخ الأخرى. وصدق المشترى.

جعل التصديق مستندا إلى وقت الإقرار في تلك المسألة، ولم يجعله مستندا هنا[١].

والفرق أن الاسترداد بحكم فساد العقد لايفتقر إلى القضاء، فكان وجود القضاء وعدمه بمنزلة، وإذا التحق القضاء بالعدم لم يصر مكذّبا شرعا، فيستند التصديق إلى وقت الإقرار، لأن التصديق إثبات صفة الإقرار، فيلتحق بالموصوف، بخلاف الاستحقاق، لأن ملك المستحق لايثبت إلا بالقضاء. وإذا اعتبر القضاء صار مكذبا شرعا، فلايستند التصديق إلي وقت الإقرار.

هذا إذا تصادقا على البيع، وإن تصادقا على الهبة والقبض، أو الصدقة والقبض فكذلك، إن تصادقا بعد الاستحقاق، أو صدّقه محمد[٢] بعد الاستحقاق، لايرجع محمد بالثمن على إبراهيم، وإن تصادقا قبل الاستحقاق يرجع.

فإن قيل: وجب أن لا يرجع، لأن في البيع لو تصادقا قبل الاستحقاق، ثم استحقت من يد عبد الله، لايرجع محمد بالثمن على إبراهيم حتى يرجع عبد الله على محمد، وفي الهبة لارجوع لعبد الله على محمد، فوجب أن لايرجع محمد على إبراهيم.

قلنا: القضاء على ذي اليد، قضاء عليه وعلى من تلقّى الملك منه ببيع أو هبة، أو غيرذلك لما قلنا، إلا أنّ في فصل[٣] البيع إنما لايرجع محمد على إبراهيم قبل رجوع عبد الله عليه، لأن محمدا ملَك الثمن الذي أخذه من عبد الله، لأنه بدل المستحق، وبدل

(٥) قوله: "وبطل استرداد البائع" ساقط من النسخ الأخرى:

(١) قوله: "في تلك المسألة ولم يجعله مستندا هنا" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "محمد" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "فصل" ساقط من (ا) و (ب).

المستحق مملوك ملكا فاسدا، فلو رجع محمد بالثمن على إبراهيم قبل أن يرجع عليه عبد الله، يجتمع البدلان عن مبدل واحد، في ملك واحد، في حالة واحدة، وذلك محال.

أما في الهبة لايؤدى إلى ذلك فيرجع، لأن القضاء على الموهوب له قضاء على الواهب.

فلو أنّ محمدا أقام البينة على إبراهيم، أنّ الأمة[1] كانت وصلت إلى عبد الله من جهته، ببيع أو هبة أو صدقة، قبلت بينته، ويرجع بالثمن على إبراهيم.

وكذا لو أقام البينة أنه كان صدّقه قبل الاستحقاق، لأنه يدّعي لنفسه حق الرجوع بالثمن على إبراهيم، ولايمكنه إثبات ذلك إلابإثبات السبب الذي جرَى بينهما، فيكون خصما، كالوكيل بالبيع[2] إذا أقام البينة بعد العزل، أنه باعه قبل العزل، قبلت بينته.

وكذلك الرجل إذا أقرّ بالرجعة بعد انقضاء العدة لايصح، فإن أقام البينة أنه راجعها في العدة، أو أقرّ برجعتها في العدة، قبلت بينته[3].

ولو لم تستحق الجارية، ولكن أقامت الأمة البينة على عبد الله أنه ملكها منذ سنة، ثم أنه أعتقها، أو دبّرها، أو ولدت منه، وقضى القاضي بذلك، فإنه ينظر إلى البيع الذي جرى بين إبراهيم ومحمد.

فإن كان منذ سنة أو أقل، رجع محمد بالثمن على إبراهيم، لأن الملك المؤكد بالعتق

---

(١) وفي (ا) و (ب): الجارية.

(٢) "بالبيع" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) وجاءت العبارة في (ا) مكان هذه الفقرة: "أو أقام الزوج البينة أنه راجعها قبل انقضاء العدة تقبل بينته".

أو بفروعه بمنزلة العتق، فكان القضاء به قضاء على كافة الناس، بمنزلة القضاء بالعتق، ومن ضرورته بطلان البيع الموجود لسنة أو أقل، وإذا بطل بيعهما، رجع محمد بالثمن على إبراهيم.

ولهذا لو أقام محمد البينة أنها أمته اشتراها من ابراهيم[1] منذ سنة، وأنه يملكها لاتقبل.

وإن كان البيع الذي جرى بينهما لأكثر من سنة، لايرجع محمد على إبراهيم، لأن العتق منذ سنة لاينفي ملكا سابقا، فلم يكن من ضرورة ملك عبد الله منذ سنة بطلانُ البيع الذي جرى بين محمد وإبراهيم، بل من ضرورة تقدم شراء محمد من إبراهيم، بطلان ملك عبد الله وعتقه.

ولهذا لو أقام محمد البينة على الجارية بعد ما قضى القاضي ببينتها أنها أمته، اشتراها من إبراهيم بألف درهم منذ سنتين، قبلت بينته، ويبطل القضاء بالعتق.

فصارت مسائل الباب على قسمين:

أحدهما: عتق في ملك مطلق، وهو بمنزلة حرية الأصل، والقضاء به قضاء على كافة الناس.

والثاني: القضاء بالعتق في ملك مؤرّخ، وهو قضاء على كافة الناس من وقت التاريخ، ولايكون قضاء قبله[2].

---

(١) قوله: "من ابراهيم" ساقط من (ج) و (د).

(٢) العبارة في (ا) و (ب): "وهو قضاء على الكافة من وقت التاريخ، لا قبله".

باب ما يقر به المشتري فيرجع بالثمن على من باعه بالبينة أو الإقرار

بني الباب على أصول:

منها: أنّ الإقرارَ[1] حجّة قاصرة لايتعدّى إلى غيره[2]، والبينة[3] حجة متعدّية،

---

(١) الإقرار لغةً: هو الاعتراف إما باللّسان وإما بالقلب، وإما بهما جميعًا، فهو ضد الجحود والإنكار والاضطراب والتنازع. والإقرار في الشرع: هو إخبار عن ثبوت حقّ للغير على نفسه. انظر: طلبة الطلبة ص٢٧٧. تبيين الحقائق ٥/ ٢، والدر المختار ٥/ ٥٨٨.

(٢) قاعدة قضائية مهمة في مجال المعاملات والجنايات، متفقة بين الفقهاء، وردت في «المجلة» بهذه الصيغة، المادة: ٧٨، وذكرها الإمام ابن عبد البر واستدل له بقوله تعالى: ﴿ولا تَكسِبُ كلّ نفسٍ إلا عليها ولاتَزِر وازرَة وِزرَ أخرى﴾ الأنعام: الآية ١٦٤. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ٩/ ٩٠، وأشار إليه الكرخي بقوله: "الأصل أن المرء يعامل في حق نفسه كما أقرّ به، ولايصدّق على إبطال حق الغير، ولا بإلزام الغير حقا"، أصول الكرخي ص١١٢. وقال الكاساني: الإقرار حجة على نفسه لا على غيره، لأنه على غيره شهادة أو دعوى. بدائع الصنائع ٧/ ٢٢٨، "إقرار المرء حجة على نفسه لا على غيره". انظر: المبسوط ١/ ٤٩، ٤/ ٢٢٥، ٥/ ١٤٥، ورد المحتار ٥/ ٦٢٠و«الأشباه» لابن نجيم ص٣٠٢، والمغني ٤/ ٤٠٥، وحاشية الدسوقي ٣/ ٥٣٨، والمبدع في شرح المقنع ٤/ ٢٢٥.

(٣) البينة: الحجة والشهادة، وهي من بان الشيء يبينُ بيانًا إذا اتضح وظهر، وفي اصطلاح الفقهاء: البينة هي اسم لما يبين الحق ويظهره، وهي تارةً تكون بالأيمان وتارةً تكونُ بالشهود. يرجع إلى، أنيس الفقهاء ص٢٣٧، والمغني في الأبناء عن غريب المهذب والأسماء ١/ ٦٨٧، لعماد الدين أبي المجد إسماعيل ابن أبي البركات ابن باطيش ٥٧٥-٦٥٥هـ تحقيق: الدكتور مصطفى عبد الحفيظ سالم، ١٤١١هـ

لأن البينة تصير حجة بالقضاء، وللقاضي ولاية عامة، فتتعدّى إلى الكل، أما الإقرار حجة لايتوقّف على القضاء، وله ولاية على نفسه دون غيره، فيقتصر عليه إذا كان متّهما[1].

ومنها: أنّ القضاء بالنكول[2] جائز عندنا[3] من غير تكرار العرض[4]، وشرط الخصّاف[5] رحمه الله التكرارَ ثلاث مرات[6].

---

(١) قال الخصاف عند بيان الفرق بين البينة والإقرار: إن البينة لاتكون حجة موجبة إلا بانضمام القاضي إليها، فتراعى شرائط كونها حجة القضاء، أما الإقرار فحجة موجبة بنفسه، فلايشترط انضمام القاضي إليه لكونه حجة. «شرح أدب القاضي» للخصاف، ١/ ٢٢٣.

(٢) النكول لغةً: التأخر عن لقاء العدوّ، يقال: نكل عن العدوّ، ونكل عن اليمين: امتنع عنها، وشرعًا: هو الامتناع من الحلف بما طلبه القاضى. انظر: البحر الذخّار ٤/ ٤١٠، المصباح المنير ص٦٥٢.

(٣) قال الكاساني: المدعى عليه إذا نكل عن اليمين فإن كان ذلك فى دعوى المال يقضى عليه بالمال عندنا. بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٠ و الدر المختار للحصكفى ٥/ ٥٤٩، ونقل العلامة ابن نجيم عن «الكافي» ضابطا له بقوله: "إن كل محل يقبل الإباحة بالإذن ابتداء يقضى عليه بنكوله، ومالا فلا". «البحر الرائق» ٧/ ٢٠٧.
والقضاء بالنكول جائز، لأن "النكول بمنزلة الإقرار"، انظر هذه القاعدة في: «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٢٣، والمنثور في القواعد ٣/ ٢٨٣، والمبدع في شرح المقنع ٤/ ١١١.

(٤) قال الحصكفى: وعرض اليمين ثلاثًا ثم القضاء أحوط. (الدر المختار ٥/ ٥٤٩، وانظر بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٠ والبحر الرائق ٧/ ٢٠٧.

(٥) هو الإمام أحمد بن عمر بن مُهيز أبو بكر الخصّاف، الشيباني، روى عن أبيه عمر بن مهير عن الحسن عن أبى حنيفة، وحدّث عن أبى عاصم، وأبى داود الطيالسى، ومسدد بن مسرهد، و ابن المدينى، كان فاضلا، حاسبا، عارفا بمذهب أصحابه، زاهدا يأكل من كسب يده، و من مصنفاته:

والنكول حجة في حق الناكل خاصة، لأنه بَذل[1] أو إقرار[2]، فلايتعدى إلى غيره، إلا إذا كان مضطرّاً في النكول، فيتعدى إلى من جاء الاضطرار من قبله[3].

كتاب الحِيَل، وكتاب الوصايا، وكتاب الشروط الكبير والصغير، وكتاب الرضاع وكتاب المحاضر والسجلات، وكتاب أدب القاضي، وكتاب النفقات على الأقارب، مات سنة ٢٦١ هـ والخصّاف بفتح الخاء، يقال لمن يخصف النعل وغيره، وإنما اشتهر بالخصاف، لأنه كان يأكل من صنعته، ترجمته في: الفهرست لابن النديم ٢٩٠، تاج التراجم ص٧، «الجواهر المضية» برقم ١٦٠، «كتائب أعلام الأخيار» برقم ١٣٧، و«الطبقات السنية» برقم ٢٧٢، و«الفوائد البهية» ص ٢٩.

(٦) وهو رواية عن أبي يوسف ومحمد، جاء في "تكملة رد المحتار" ما نصّه هذا: وعن أبي يوسف ومحمد: أن التكرار حتمٌ حتى لو قضى القاضي بالنكول مرّة لا ينفذ، والصحيح أنه ينفذ. تكملة رد المحتار ٧/ ٤٣٦.

(١) البَذل: هو إباحة شيئ عن طيب نفس. المصباح المنير ١/ ٤٠ ولسان اللسان ١/ ٧٢١. وذكر العلامة ابن نجيم معناه الاصطلاحي نقلا عن «الظهيرية» فقال: "تفسير البذل عنده: ترك المنازعة والإعراض عنها".

ثم كون النكول بذلا هو مذهب أبي حنيفة، وذهب صاحباه إلى أنه إقرار. راجع بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٧ والبحر الرائق ٧/ ٢٠٧.

(٢) النكول إقرار، لأنه يدل على كونه كاذبا في الإنكار. كذا وجّه له ابن نجيم في البحر الرائق ٧/ ٢٠٧. كما أورد هذا الضابط بعض الفقهاء بصيغة: «النكول بمنزلة الإقرار» انظر: «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٢٣، «المنثور في القواعد» ٣/ ٢٨٣، «المبدع» ٤/ ١١١.

(٣) ذكره الإمام الحَصيري تلميذ قاضي خان في قاعدة: «النكول من المضطر بمنزلة البينة»، «التحرير في شرح الجامع الكبير»، مخطوط، ورق ٣/ ٧١٣.

ومنها: أن دعوى المتناقض باطلة[1] فيما يحتمل الانتقاض، لأن أحد الكلامين ينقض الآخر، فلا تصح دعواه، حتى لو كان أمرا لايحتمل الانتقاض كالنسب[2] والحرية[3] والطلاق[4] ونحو ذلك، تسمع دعواه.

ولهذا قلنا: إن مجهول النسب إذا أقرّ بالرقّ لإنسان، ثم ادّعى الحرية تسمع دعواه، لأن إقراره بالرق لا يبطل الحرية[5]، فلايمنع دعوى الحرية.

---

(١) عبّره السرخسي بقوله: «الدعوى مع التناقض لاتصح» «المبسوط» ٢٠/ ٨٥، وقال الكاساني: الأصل في هذا الباب أنه إذا سبق من المدعى ما يناقض دعواه يمنع صحة الدعوى إلا في النسب والعتق. بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٤، ويرجع إلى مجلة الأحكام العدلية، المادة ٨٠: «لا حجة مع التناقض لكن لايختلّ معه حكم الحاكم»، وأصله ما ذكره قاضي خان في هذا الشرح بقوله: «سعي الإنسان في نقض ما تمّ به مردود إلا إذا وافقه الخصم» ص ١٥٩٩، وهذه القاعدة واردة في المجلة بصيغة: «من سعى في نقض ما تمّ به من جهته فسَعيه مردود عليه» المادة: ١٠٠.

(٢) بأن قال لمجهول النسب: هو ابني من الزنا، ثمّ قال: هو ابني من النكاح تسمع دعواه. (بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٤)

(٣) وفي (ا) و (ب): "كالنسب والطلاق"، بسقوط "الحرية".

(٤) بأن لو برهنت المختلعة بعد أداء بدل الخلع على طلاق الزوج قبل الخلع تسمع دعواها. (انظر ردّ المحتار ٥/ ٥٨٦ و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٢٤.

(٥) وعلل الكاساني بأن بيان النسب مبنيّ على أمر خفيّ، وهو العلوق منه، إذ هو مما يغلب خفاؤه على الناس، فالتناقض في مثله غير معتبر. «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٢٤.

وقال الحصكفي: التناقض في موضع الخفاء عفو. (الدر المختار ٥/ ٥٨٦، وراجع الأشباه والنظائر لابن نجيم، وشرحه للحموي ١/ ٣٥٠)

ومنها: أن إثبات الثابت لَغو، والبينة القائمة لا عن خَصم[1] مردودة[2].

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل اشترى جارية بألف درهم[3]، وقبضها، ونقده الثمن، ثم جاء رجل وادّعاها على المشتري، انتصب المشتري خصما، لأن صاحب اليد[4] يدّعيها لنفسه، فيكون خصما للمدّعي، فإن أقرّ بها للمدعي، أمر بالتسليم، ولا يرجع بالثمن على بائعه، لأن إقراره حجة عليه دون غيره.

وكذا لو جَحَد دعواه فحُلِّف فنكل، وقضي عليه بالنكول، لا يرجع بالثمن على بائعه، لأن نكوله لا يصلح حجة على غيره[5].

ولهذا قلنا: إن المريض مرض الموت، إذا ادّعى هلاك وديعة لوارثه، فاستحلف فنكل وقضى عليه بالنكول، لا يلزم ذلك باقي الورثة، فيكون النكول بمنزلة الإقرار[6].

(١) الخصم: المدعى والمدعى عليه، لأن كل واحد منهما خصمٌ للآخر. «مجموعة قواعد الفقه» ص٢٧٧.

(٢) ويستثنى من هذه القاعدة ما يسمّى فى الفقه الإسلامى "شهادة الحسبة" أى الشهادة المؤدّاة لمجرد إقامة حق محض من حقوق الله تعالى، فإن هذا النوع من الشهادة لا تحتاج إلى سبق دعوى أو خصومة. انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/ ٣٨٣ والبدائع ٦/ ٢٧٧.

(٣) "درهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) "صاحب اليد" ساقط من (ج) و (د).

(٥) لأن النكول من المدعى عليه بمثابة إقرار منه، أو بمثابة بذل منه، كما مر بنا الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه، وكلهما لا يصلح حجة على غيره. راجع بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٧ والبحر الرائق ٧/ ٢٠٥-٢٠٧.

(٦) الإقرار للوارث لا يصح إلا بإجازة الباقين من الورثة. راجع «بدائع الصنائع» ٧/ ٢٢٤.

فرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع، إذا ردّ عليه المبيع بعيب يحدث [مثله][1]، إن ردّ عليه بإقراره، لايلزم الموكل، وإن رد عليه بنكوله، يلزم بمنزلة الرد بالبينة[2].

والفرق أنّ المشتري مختار في النكول، لأنه امتنع عن اليمين مع وجود ما يطلق الحلف[3] وهو البيع والتسليم، فإن ذاك دليل الملك ظاهرا، وإذا امتنع عن اليمين[4] مع قيام المطلق، كان مختارا، ولو كان مضطرّا فإنما لحقه الاضطرار بعمل باشرَه لنفسه، فلايظهر [حكم نكوله في حق الغير][5].

أما الوكيل مضطرّ في النكول[6]، لأنه لم يوجد في حقه ما يطلق له الحلف، فإن الموجد ليس إلا الأمر بالبيع، والإنسان كما يبيع السليم، يبيع المَعيب، فلم يكن عالما بالسلامة عن العيب، والإنسان عسى لايعلم بعيوب ملك نفسه، فكيف يعلم بعيوب ملك الغير، وهذا الاضطرار إنما لحقه بعمل باشرَه لغيره، فيظهر حكم نكوله في حق ذلك الغير، ويجعل النكول بمنزلة البينة.

---

(١) مابين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبت من (ج) و (د).

(٢) انظر فتح القدير ٧/ ٨٤ و٦/ ٢٠١ مكتبة رشيدية.

(٣) وفي (ا) و (ب): "اليمين" مكان "الحلف".

(٤) قوله: "عن اليمين" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٦) قال البابرتى: الوكيل فى النكول مضطرّ لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر، وإن ردّه بإقرار لزم الوكيل، لأن الإقرار حجة قاصرة، وهو غير مضطر إليه لأنه أمكنه السكوت أو الإنكار حتى تعرض عليه اليمين، ويقضى بالنكول، لكن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة. (العناية بهامش فتح القدير ٧/ ٨٤)

فإن قال المشتري: أنا أقيم البينة أنها للمستحق، لأرجع بالثمن على البائع، لايلتفت إليه[1]، لأن ملك المستحق ثبت بقضاء القاضي[2]، فهو يريد بهذا إثبات الثابت، ولأنه متناقض في دعواه، لأن إقدامه على الشراء إقرار منه بملك البائع، وصحة البيع، والتزام موجب العقد، فهو يريد بهذا إبطال عقد باشره، ونفي ما التزم من أحكامه، فلايصح.

كما لو أقام المشتري[3] بينة أن العبد الذي اشتراه ملك فلان الغائب، باعه البائع بغير أمره ليرجع بالثمن على بائعه، لم يقبل لما قلنا[4]، كذلك هنا.

فرّق بين هذه المسألة وبين مسألتين: إحداهما ما ذكر في المأذون: رجل اشترى عبدا، وقبضه ونقد الثمن، ثم أقام البينة أنّ البائع باع[5] هذا العبد قبل ذلك من فلان الغائب بكذا، قبلت بينته وإن كان متناقضا ساعيا في نقض ما تمّ به.

والثانية ما روى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: إذا وهب جارية من رجل، فاستولدها الموهوب له، ثم أقام الواهب البينة أنه كان دبّرها أو استولدها، قبلت بينته، ويرجع على الموهوب له بالجارية، والعقد، وقيمة الولد، وإن كان ساعيا في نقض ما تمّ به،

---

(١) وهذا بعد القضاء بنكول المشترى، وأما قبل القضاء به لو أقام المشترى البينة على أنها للمستحق ينبغى أن نقبل لأنّ النكول بمثابة الإقرار، ويجوز الجمع بين الإقرار والبيّنة إذا كانت هناك فائدة، وههنا كذلك، لأن البينة تفيد حق الرجوع للمشترى على البائع. راجع: رد المحتار ٥/ ٥٨٧.

(٢) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "المشتري" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) وعلله الكاسانى بأن إقراره بالملك لغيره للحال يمنع الشراء من البائع قبل ذلك، لأن الشراء يوجب الملك للمشترى فكان مناقضًا فى دعواه. راجع «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٢٣.

(٥) وفي (ا): "كان باع".

متناقضا في كلامه، لأنه لما وهبها له فقد أقرّ أنها محل التمليك، وقد صارت ملكا للموهوب له[1].

والفرق بين هذه المسائل[2]: أما الفرق بين مسألتنا ومسألة المأذون: أن في مسألة المأذون لما أقام البينة على بيعه من الغائب قبل بيعه منه، فقد أقام البينة على إقرار البائع أنه ملك الغائب، لأن البيع إقرار من البائع بانتقال المبيع[3] إلى المشتري.

وفي مسألة الكتاب لو أقام البينة على إقرار البائع أنها للمستحق، قبلت بينته لما نذكر، فاستويا[4].

---

(١) علّق ابن الهمام رحمه الله على هذه المسألة بقوله: وعندى أن ها غير صحيح لأن التناقض إنما قبل فى دعوى الحرية لأنها مما قد يخفى على المتناقض المدعى بها بعد إقراره بالرق، والفاعل بنفسه للتدبير والاستيلاد لا يخفى عليه فعل نفسه من استيلاده ووطئه، فيجب أن لا يقبل تناقضه ولا يحكم ببينة. (فتح القدير ٦/ ٢٠١)

وأجاب ابن نجيم رحمه الله عن هذا التعليق بكلام مفصّل، فليرجع إلى "البحر الرائق" ٦/ ١٥٣ وردّ المحتار ٤/ ٤٢٩ .

(٢) قوله: "والفرق بين هذه المسائل" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) وفي (ج) و (د): "الملك" بدل "المبيع".

(٤) وقبول بينة المشترى فى هذه المسألة مقيّد بما إذا ادعى المشترى إقراره بملك الغير بعد البيع، أما لو ادّعى إقراره قبل البيع ثم أقام البينة على ذلك فلا تقبل لما فى دعواه من التعارض، ويفهم من عبارة الكتاب قبول بينة المشترى مطلقًا أى سواء ادعى إقراره قبل البيع أو بعده، ولكن فى صورة ادعاءه قبل البيع لا تقبل بينة لما فى دعواه من التعارض البيّن، لأنّه لما علم بإقراره كان عليه أن لا يُقدم على العقد، فلما أقدم عليه دل على صحة العقد، ثم يسعى ببينة أو ينقص ما تم من جهته فلا تقبل، نعم، لو ادعى بإقراره بعد البيع تقبل بينته، لأنه لم يعلم بإقراره قبل البيع، فلم يدلّ

وأما الفرق[1] بين مسألتنا وبين المسألة الثانية [فنقول][2]: الواهب متناقض في كلامه، إلاأن هذا تناقض فيما هو من حقوق الحرية كالتدبير والاستيلاد، والتناقض فيه[3] لايمنع صحة الدعوى[4].

وعن أبي يوسف في مسألة الكتاب: لو أقام المشتري[5] البينة أنها للمستحق، إن كان المستحق حاضرا قبلت بينته، وإن كان غائبا لاتقبل، لأنه إذا كان حاضرا انتقلت دعواه إلى المستحق، وتصير بينته بينة المستحق، بخلاف ما إذا كان غائبا.

ولو أقام المشتري البينة على إقرار البائع أنها للمستحق، قبلت بينته[6]، لأنه يثبت لنفسه حق الرجوع على البائع بإقراره، وهو خصم في ذلك، ويثبت ما ليس بثابت، وهو

إقدامه على العقد على صحته. (راجع الدر المختار مع ردّ المحتار ٥/ ١١٨ وتقريرات الرافعى على ردّ المحتار ٥/ ١٥٠.

(١) "الفرق" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) وفي (ا) و (ب): "في مثله".

(٤) راجع بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٤.

(٥) "المشتري" ساقط من (ا).

(٦) حمل الزيلعي وغيره من الفقهاء رحمهم الله هذه الصورة على ما إذا كانت الجارية فى يد المستحق، ثم أقرّ له المشترى بملك الجارية، ثمّ أقام البينة على إقرار البائع بملك المستحق، لأن شرط الرجوع بالثمن أن لا تكون العين سالمة للمشترى، وههنا كذلك لأن الجارية فى يد المستحق فلم تسلم للمشترى، فتقبل بينته.

أمّا إذا كانت الجارية فى يد المشترى فلا تقبل بينته ويأتى مثله للمصنف قريبًا. (راجع تبيين الحقائق ٤/ ١٠٨ وحاشيته للشيخ شهاب الدين أحمد الشلبى على هامش الصفحة نفسها.

إقرار البائع، ولو كان متناقضا فالتناقض يرتفع بتصديق الخصم، وهو يثبت بهذا تصديق البائع، ويجوز أن تقبل البينة على إقرار الخصم، ولاتقبل[1] على نفس الحق.

كما قال علمائنا رحمهم الله فيمن في يده عبد، ادّعاه رجل، فأقام صاحب اليد البينة على أنه لفلان الغائب، لاتقبل بينته ما لم يدع الوصول إلى نفسه[2] من جهة الغائب[3].

ولو أقام البينة على إقرار المدّعي أنه لفلان الغائب، تقبل وإن لم يدع الوصول إلى نفسه من جهة الغائب.

فرّق بين هذه المسألة وبين مسألة ذكرها في الجامع الصغير، وهي في "باب بيع عبد الغير"[4]:

رجل في يده عبد لرجل باعه من رجل، فقال المشتري[5]: بعتَه بغير أمر المالك، وقال البائع: لا بل بعتُه بأمره، فأقام المشتري بينة على ما ادعى، أو على إقرار البائع بذلك، لاتقبل[6]. ولو أقر البائع بذلك عند القاضي، يلزمه رد الثمن[7].

---

(١) وفي (ج) و (د): "لاتسمع".

(٢) وفي (ا) و (ب): "إلى يده".

(٣) يستفاد من هذا أن صاحب اليد لو أجاب بأنه ليس لي، أو هو لفلان ولم يزد، لا يكون دفعًا للدعوى ولا تقبل بينته، أما لو بيّن جهة الوصول إليه من الغائب، كما لو قال: أودعنيه، أو أعارنيه، تقبل بينته. (انظر ردّ المحتار ٥/ ٥٦٦)

(٤) قوله: "وهي في باب بيع عبد الغير" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) أي: أراد المشتري ردّه، وادّعى أن البائع باعه بغير أمر المالك، وجحد البائع، فأقام البينة.

(٦) انظر المسألة في «الجامع الصغير»، ذكرها الإمام محمد رحمه الله في "باب في الرجل يغصب

ووجه الفرق بينهما[1] أنه وضع المسألة في "الجامع الصغير" فيما إذا كان المبيع في يد المشتري، وسلامة المبيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن، فلايكون مدعيا حق الرجوع[2].

وهنا وضع المسألة فيما إذا أخذت الجارية من يد المشتري، فكان مدعيا لنفسه حق الرجوع.

ولايقال في مسألة المأذون: المبيع في يد المشتري، ومع هذا قبلت بينته، لأنا نقول: ذاك محمول على ما إذا أخذ العبد من يده[3].

ولو قال المشتري للقاضي: سَلِ البائع أنّ الأمة للمستحق أو ليست له؟ أجابه القاضي إلى ذلك، لأنه يدّعي أنه مظلوم، وله حق الرجوع عليه بالثمن بإقراره، فيسأله القاضي، فإن أقر بذلك، لزمه [ردّ][4] الثمن، وإن أنكر، وطلب المشتري تحليفه، أجابه القاضي إلى ذلك.

شيئا فيبيعه أو يبيع عبدا لغيره بغير أمره"، ص ٣٥٩، طبع إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي.

(٧) لبطلان ذلك البيع، لأن التناقض لايمنع صحة الإقرار، فكان للخصم أن يساعده على ذلك، فنفذ النقض عليهما باتفاقهما، ولذلك شرط للنقض طلب المشتري، حتى يصيرا متفقين على ذلك. انظر «النافع الكبير» للكنوي، ص ٣٥٩.

(١) وفي (ج) و (د): "والفرق أنه".

(٢) راجع البحر الرائق ٦/ ١٥٣ وفتح القدير ٦/ ٢٠٢ وما بعدها.

(٣) راجع تبيين الحقائق ٤/ ١٠٨ والبحر الرائق ٦/ ١٥٣ وفتح القدير ٦/ ٢٠١ وما بعدها.

(٤) مابين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

منهم من قال: إنما يحلفه القاضي، لأنه ادّعى عليه معنىً لو أقر به يلزمه، فإذا جحد يستحلف، كما في سائر الدعاوى[1].

فإن قيل: بلى! ادّعى عليه معنىً لو أقرّ به يلزمه، ولكنه متناقض، لأن إقدامه على الشراء إقرار منه بصحبته، ولزوم أحكامه، ودعواه أنه ملك المستحق إنكارا لذلك، فكان متناقضا، ولهذا لاتقبل بينته، وكما لاتقبل البينة إلابعد دعوى صحيحة، لايستحلف إلابعد دعوى صحيحة.

دلّ عليه ما ذكر في المأذون، عبد اشترى من رجل شيئا، ثم قال: أنا محجور، وقال البائع: هو مأذون، فأراد العبد أن يقيم البينة على ما ادّعى، لاتقبل، ولايستحلف خصمه، وإن أقرّ به البائع يلزمه.

وذكر في الجامع الصغير[2]: أنّ المشتري لو أراد استحلاف البائع: "بالله ما بعتُه من فلان قبل أن تبيعه مني"، لم يكن له ذلك، وإن أقر به البائع يلزمه[3].

والجواب عنه أنّ في مسألتنا المشتري غير متناقض من كل وجه، لأنه لاينكر العقد أصلا، ولاملك الثمن للبائع، فإن بيع مال الغير منعقد، وبدل المستحق مملوك، وإنما ينكر وصف العقد، وهو صحّة[4] اللزوم بعد الإقرار به من حيث الظاهر، فكان متناقضا من وجه دون وجه، فجعلناه متناقضا في حق البينة، ولم نجعله متناقضا في حق اليمين، [ليكون عملا بهما، والعمل على هذا الوجه أولى، لأن البينة حجة متعدّية، فلو لم نجعله

---

(١) راجع فتح القدير ٦/ ٢٠٢.

(٢) وفي (ج) و (د): "وذكر في الجامع".

(٣) انظر فتح القدير ٦/ ٢٠٢.

(٤) "صحّة" ساقط من (ا) و (ج) و (د).

متناقضا في حق البينة][1]، يلزمنا أن لانجعله متناقضا في حق اليمين بطريق الأولى.

بخلاف مسألة المأذون، لأن العبد منكر حكم العقد أصلا، لأن شراء المحجور لايوجب ملك الثمن، فكان متناقضا من كل وجه، وبخلاف مسألة الجامع، لأن ثمّة المبيع في يد المشتري، فلايكون له حق الخصومة[2].

ولو لم تستحق الجارية، ولكن ادّعت أنها حرة الأصل، فأقر المشتري بذلك، أو استحلف فنكل، وقضى القاضي بحريتها، لم يرجع المشتري بالثمن على البائع. أما حرية الجارية[3] لأنها كانت له من حيث الظاهر، فصح إقراره، ولايرجع على البائع [بالثمن][4]، لأن إقراره ونكوله حجة عليه دون غيره[5].

منهم من قال: قوله "فاستحلف فنكل" غلط من الكاتب، لأن الاستحلاف لايجري في دعوى الرق في قول أبي حنيفة، وعندهما: يجري، إلا أنّ اليمين تكون على الأمة، فلامعنى لقوله: "وأبي المشتري اليمين".

ومنهم من قال: ما ذكر في الكتاب صحيح، لأن موضوع المسألة فيما إذا بيعت الأمة وسلمت، وانقادت الأمة لذلك، وانقيادها لذلك بمنزلة الإقرار بالرق، فكان دعوى الحرية منها بمنزلة دعوى العتق العارض، فيكون اليمين على المشتري، لأن الظاهر شاهد

---

(١) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د)، ولم تثبت في الأصل.

(٢) يرجع إلى فتح القدير ٦/ ٢٠١ وما بعدها.

(٣) "الجارية" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "بالثمن" ساقط من الأصل، وزيد من النسخ الأخرى.

(٥) راجع الفتاوى الهندية ٣/ ١٦٧ وفتح القدير ٦/ ٢٠٣.

له، فلو أن المشتري أقام البينة على البائع أنها حرة، قبلت بينته، ويرجع عليه بالثمن[١].

فرّق بين هذا وبين الاستحقاق [بالثمن][٢]، والفرق من وجهين:

أحدهما: أنه ليس بمتناقض في فصل الحرية، لأن في فصل الحرية يظهر ببينته أنه أخذ الثمن بغير حق، وذاك دَين عليه، لأن الحرية تنفي انعقاد العقد وملك الثمن للبائع، فكانت البينة مظهرة أنّ إقدامه على الشراء لم يكن إقرارا بانعقاد العقد، فلايتحقق التناقض.

أما الاستحقاق لايمنع الانعقاد[٣]، ولا ملك الثمن للبائع، فلو قبلت بينة المشتري أنها للمستحق، لايظهر بينته[٤] أن إقدامه على الشراء لم يكن إقرارا بملك الثمن للبائع، ومع بقاء ذلك الإقرار يتحقق التناقض، ويصير مكذبا شهوده، ساعيا في نقض عقد[٥] تمّ به[٦].

---

(١) راجع فتح القدير ٦/ ٢٠٣.

(٢) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) أى انعقاد العقد، لأنّ البائع فضولى على حدّ زعم المشترى، فى بيع جارية المستحق وبيع الفضولى ينعقد عند الحنفية، غير أن نفاذه يتوقف على إجازة المالك. (راجع بدائع الصنائع ٥/ ١٤٨)

(٤) قوله: "لايظهر بينته" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) وفي (ج) و (د): "في نقض ماتم به".

(٦) إشارة إلى قاعدة وردت في المجلة: «من سعى في نقض ما تمّ به من جهته فسَعيه مردود عليه» المادة: ١٠٠.

والوجه[1] الثاني: أنه متناقض في الفصلين، إلاأنّ هذا تناقض فيما لايحتمل النقض، فلايمنع صحة الدعوى، كما لو تزوّج امرأة ثم أقامت البينة أنها أخته من الرضاع، أو أقامت البينة أنه كان طلّقها ثلاثا، ثم تزوجها قبل أن تنكح زوجا غيره.

وكذا لو أعتق عبده على مال، ثم أقام العبد البينة أنه أعتقه قبل ذلك البتة، قبلت بينته[2].

واختلف أصحابنا فيمن باع أرضا ثم أقام البينة أنه باع ما هو وقف. منهم من قال: لاتقبل بينته، لأنه يحتمل الفسخ فصار[3] كالبيع، ومنهم من قال: تقبل، لأنه لايحتمل الفسخ بعد القضاء، فكان بمنزلة التدبير ونحوه[4].

وذكر أبو بكر الرازي رحمه الله: إنّما تقبل بينة المشتري أنها حرّة[5]، لأنها شهادة قامت على حرمة الفرج، فتقبل من غير دعوى، حتى لو كان مكان الأمة عبد على قول أبي حنيفة، لاتقبل بينته، وعلى قولهما تقبل، لأنها شهادة[6] قامت على عتق العبد، فلاتقبل

---

(١) "الوجه" ساقط من (ج) و (د).

(٢) يرجع إلى فتح القدير ٦/٢٠٣.

(٣) "فصار" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) والأصح من القولين فى هذه المسألة أنه لا تقبل الدعوى المجرّدة لما فيها من التناقض، ولكن لو أقام البائع البينة على دعواه تقبل بيّنته، وعلّلوه بأن الوقف حق الله تعالى فتسمع فيه البينة بدون الدعوى. انظر ردّ المحتار ٤/ ٤٢٩ وما بعدها.

(٥) وجاء في (ج) و (د): "أنّ بينة المشتري إنما تقبل على الحرية".

(٦) "شهادة" ساقط من (ا) و (ب).

من غير دعوى. والتناقض يمنع الدعوى[1].

ولو ادّعى المستحق أنها أمته، أعتقها أو دبّرها أو ولدت منه، فأقر المشتري بذلك، أو أبي اليمين، وقضى عليه، لايرجع على البائع بالثمن لما قلنا[2].

فإن أقام المشتري البينة على البائع بذلك، إن شهد الشهود[3] على أنّ ذلك كان قبل الشراء بينهما، قبلت بينه، ويرجع عليه بالثمن[4]، لأنه يثبت بينته أنها لم تدخل في العقد، فكان مدعيا الدّين، ولايكون متناقضا.

وإن شهدوا على أنّ ذلك كان بعد الشراء بينهما، لاتقبل بينته، لأنها وقت العقد كانت أمةً مملوكةً محلا للعقد، فالإعتاق المتأخر لايُبطل الشراء السابق لما مر[5].

---

(١) راجع فتح القدير ٦/ ٢٠٣.

(٢) أي لما أن الإقرار حجة قاصرة على نفس المقرّ. راجع بدائع الصنائع ٧/ ٢٢٨.

(٣) وفي (ا) و (ب): "إن شهدوا".

(٤) وفي (ج) و (د): "تقبل، ويرجع بالثمن".

(٥) انظر فتح القدير ٦/ ٢٠٣.

باب ما يقضي [به](1) القاضي فينقض الشراء ثم يردّ قضاءه وما لايردّ من ذلك

بني الباب على أصلين:

أحدهما: أن القضاء إذا اعتمَد سببا صحيحا، نفَذ باطنا وظاهرا(2)، ولاينتقض بزوال ذلك السبب بعده، لأن شرط صحة القضاء وجود السبب وقت القضاء لابقاءه، لأن بقاء السبب ليس بشرط لبقاء الحكم(3).

وإن ظهر انعدام السبب من الأصل، نفذ القضاء ظاهرا وباطنا عند أبي حنيفة وأبي يوسف الأول(4).

---

(١) مابين المعكوفتين مثبت من النسخ الأخرى، و ثبوته أولى.

(٢) مثال ذلك ما ذكره ابن عابدين بأن المراد بالنفاذ ظاهرًا أن يسلم القاضي المرأة إلى الرّجل، ويقول: سلّمي نفسك إليه فإنه زوجك، ويقضي بالنفقة والقسم.

والمراد بالنفاذ باطنًا أن يحلّ لها التمكين فيما بينها وبين الله تعالى. (انظر رد المحتار ٥/ ٤٠٥)

(٣) يتضح ذلك بكلام العتابي فقال: "أصل الباب: أن قضاء القاضي إذا بنى على سبب صحيح ينفذ ظاهرا وباطنا، فلو بطل السبب بعد ذلك، لايبطل القضاء، لأن بقاء الحكم يستغني عن بقاء السبب". «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ٥٠.

(٤) نسب الطحاوي هذا إلى قول أبي حنيفة فقط، فقال في مختصر اختلاف العلماء: قال أبو جعفر: قال أبو حنيفة: إذا حكم الحاكم ببينة، بفسخ عقد، أو عقد مما يصح أن يبتدأ، فهو نافذ. انظر: «

وفي قوله الآخر[1]، وهو قول محمد والشافعي[2]، ينفذ ظاهرا لا باطنا[3]، وهي مسألة قضاء القاضي في العقود، والفسوخ بشهادة الزور[4].

وأصل آخر: أنّ استحقاق[5] المبيع بملك مطلق أو سابق على البيع، يوجِب توقيف البيَاعات الماضية على إجازة المستحق[6]، ولايوجب الانتقاض في ظاهر الرواية عن أصحابنا، وهو قول محمد.

مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٣٧٦، «المبسوط» ١٦/ ١٨٠.

(١) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): "وعند أبي يوسف الآخر".

(٢) انظر «مغني المحتاج» ٤/ ٥٣٠، «المزني» ص ٣٠٣، و«الإفصاح» ٢/ ٢٥٤.
وهو قول المالكية والحنابلة. يرجع للتفصيل: «المغني مع شرح الكبير» ١١/ ٤٠٧ - ٤٠٨.

(٣) ذكر الإمام الطحاوي أن هذا قول أبي يوسف ومحمد والشافعي، ولم يذكر قول أبي يوسف الأول، ونقل مثالا له من قول أبي يوسف: فإن حكم بفُرقة، لم يحل للمرأة أن تتزوج، ولايقربها زوجها أيضا. انظر: «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٣٧٦، و«المبسوط» ١٦/ ١٨٠.

(٤) راجع فتح القدير ٦/ ٣٩٨ وردّ المحتار ٥/ ٤٠٥، وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/ ١٦٧ وما بعدها. (طبعة: الإرشاد بغداد)

(٥) الاستحقاق: هو طلب الحق، "استحق فلان الأمر" استوجبه، قاله الفارابي وجماعة: فالأمر مستحق بالفتح اسم مفعول ومنه خرج المبيع مستحقًا، وأشار بهذا إلى أن معناه الشرعي موافق لمعناه اللغوي، وهو أن المراد بالاستحقاق ظهور كون الشيء حقًا واجبًا للغير. (راجع ردّ المحتار ٥/ ١٩٠ والمصباح المنير ١/ ١٤٤)

(٦) بين العتابي هذا الأصل بقوله: إن استحقاق المبيع لايبطل البيع، حتى يتوقف على إجازة المستحق، فإذا نقضه المستحق الآن ينتقض. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ٥٠.

وذكر الخصّاف[1] أنّ على قول أبي حنيفة وأبي يوسف يكون نقضا، حتى لو أجاز المستحق شيئا من العقود لايجوز، لأن الخصومة وطلب الحكم دليل النقض، فينتقض به كما ينتقض بصريح النقض[2].

وعن أبي يوسف أنه لاينتقض بنفس القضاء، ولكن إذا أخذ المبيع من المشتري بحكم القاضي يكون نقضا، لأنه دليل النقض[3].

وجه ظاهر الرواية: أنّ الخصومة وطلب الحكم[4] لإظهار الحق، ولو كان الاستحقاق ظاهرا وقت البيع لايمنع الانعقاد على وجه التوقف، فالظهور بعد البيع، لأن لايوجب الانتقاض كان أولى، وكذا الأخذ من المشتري بعد القضاء محتمل، يحتمل النقض ويحتمل التلوّم، فلاينتقض بالشك[5].

---

(١) هو الإمام أحمد بن عمر بن مُهير أبو بكر الخصّاف، الشيباني، تقدمت ترجمته في ص ٦٩٤.

(٢) راجع الدر المختار مع ردّ المحتار ٥/ ١٩١ وما بعدها، وفتح القدير ٦/ ١٨٣ وما بعدها.

(٣) والصحيح من المذهب أنه لا ينفسخ بمجرّد القضاء، ولا بقبض المستحق المبيع، بل ينفسخ إذا ترجع المشترى على بائعه بالثمن، حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى له أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشترى على بائعه يصح، وقد نقل ابن نجيم عن شمس الأئمة الحلوانى أن الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسخًا للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء. (انظر ردّ المحتار ٥/ ١٩١ وفتح القدير ٦/ ١٨٤ والبحر الرائق ٦/ ١٤٤)

(٤) وفي (ج) و (د): "طلب القضاء" مكان "طلب الحكم".

(٥) وأجيب عمّا استدل به أبو حنيفة وأبو يوسف بأنّ إثبات الاستحقاق لا يستلزم عدم رضا المستحق بالبيع، لجواز أن تكون خصومته دليل عدم الرضا بأن يذهب من يده مجّانًا، وذلك لأنّه لو لم يدّع الاستحقاق استمرّ فى يد المشترى من غير أن يحصل له عينه ولا بد له، فإثباته ليحصل أحدهما،

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل اشترى جارية بألف، ونقده الثمن، ولم يقبضها حتى جاء رجل، ادّعاها[1]، وأقام البينة أولا، نقول: يشترط حَضرة البائع والمشتري لسماع الدعوى، لأن الملك للمشتري واليد للبائع، والمدعى يدّعيهما[2]، فكان القضاء قضاء عليهما، فيشترط حضرتهما[3].

كما لو طلب الشفيع الشفعة قبل القبض، يشترط حَضرة البائع والمشتري، بخلاف ما بعد القبض، لأن الملك واليد كلاهما للمشتري، فيكتفي بحضرته.

فإن أقام البينة بحضرتهما أنها له، وقضى القاضي له بالجارية[4]، ثم إن البائع أو المشتري أقام البينة أن البائع كان اشتراها من المستحق بثمن معلوم، وقبضها ثم باعها من المشتري، قُبلت بينتهما، لأن هذه البينة تقرر القضاء الأول، ولاتنقضه[5].

فلو لم يقيما البينة، وطلب المشتري من القاضي فسخ العقد، وقال له: قل للبائع يسلم ما باعني وإلا فأنقض البيع، أجابه القاضي إلى ذلك، لأن تسليم المبيع من مواجب

إما العين أو البدل بأن يجيز ذلك البيع. (كذا في ردّ المحتار ٥/ ١٩١ وفتح القدير ٦/١٨٣)

(١) وفي (ج) و (د): "حتى ادّعاها رجل".

(٢) قوله: "والمدعى يدّعيهما" ساقط من (ج) و (د).

(٣) راجع الدر المختار مع ردّ المحتار ٥/ ٢٠٢.

(٤) وجاء في (ج) و (د): "وقضى له بها".

(٥) وذلك لأن القضاء بأن المستحق باعه يقرر القضاء بأنه ملك المستحق، فيلزم البيع. (راجع ردّ المحتار ٥/ ٢٠٢)

العقد، فإذا عجز عن التسليم(1)، كان له حق الفسخ، كما لو أبق العبد(2) المبيع قبل القبض(3)، أو غصبه غاصب، ولايفسخ إلا بطلبه، لأنه حقه.

فإن نقض القاضي العقد بينهما، وقضى على البائع بالثمن، ثم أقام البائع بينة [أن المستحق باعها منه](4)، قضى القاضي بذلك، لأنه فور دعواه بالحجة، فإن أراد البائع أن يلزم الجارية المشتري ليس له ذلك(5).

وكذا لو أراد المشتري أن يأخذ الجارية، وامتنع البائع عن التسليم، لايجبر على التسليم، لأن القاضي فسخ العقد بينهما بسبب صحيح، وهو العجز عن التسليم، فنفذ قضاءه ظاهرا وباطنا، كما لو فسخ البيع بإباق العبد قبل التسليم، ثم عاد العبد من الإباق،

---

(١) "التسليم" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "العبد" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) أمّا لو أبق العبد قبل العقد فلا ينعقد البيع أصلا على ما جاء فى ظاهر الرواية، لأنه معجوز التسليم عند العقد وإن كان مملوكًا للبائع، وروى عن أبى حنيفة أنه ينعقد البيع فى هذه الصورة أيضًا، وأما لو أبق بعد العقد وقبل أن يقبضه المشترى فالبيع منعقد غير أن للمشترى أن يطالب فسخه. (راجع بدائع الصنائع ٥/ ١٤٧ وفتح القدير ٦/ ٥٩)

(٤) مابين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د)، وفي الأصل: "وأقامها على المستحق".

(٥) لأن العقد قد انفسخ بنقض القاضى فليس له أن يلزمها المشترى، أما إذا لم يكن القاضى نقض العقد للزم العقد، وكان للبائع أن يلزم الجارية المشترى، كما مرّ سابقًا. (راجع ردّ المحتار ٤/ ١٩٨)

لايعود البيع، كذلك هنا[١].

ولو كان المشتري قبض الجارية من البائع[٢]، ثم ادّعاها رجل، لايشترط حضرة البائع، هذا لأن الملك واليد كلاهما للمشتري، فيكتفي بحضرته.

فإن قضى القاضي للمستحق، ثم إن البائع أقام البينة على المستحق أنه كان باعها منه قبل بيعه، قبلت بينته، لأنه يثبت عقدا جرى بينهما، فيكون خصما[٣].

ثم ينظر إن كان ذلك قبل أن يقضى القاضي على البائع بالثمن للمشتري، رجعت الجارية إلى المشتري، لأن البيع الذي جرى بينهما قائم لم ينفسخ[٤].

وإن كان القاضي قضى عليه بالثمن للمشتري، واستردّ الثمن بقضاء القاضي على قول أبي حنيفة، نفذ الفسخ ظاهرا وباطنا، وكانت الجارية للبائع، لأن القاضي فسخ العقد[٥] بينهما بناءً على أنها للمستحق، فإذا ظهر أنها كانت للبائع، ظهر أنه قضى بباطل، فيكون النفاذ على الاختلاف[٦].

فإذا لم ينفذ فسخ القاضي، عند محمد كان للبائع أن يلزم الجارية المشتري، وإن

---

(١) راجع فتح القدير ٦/ ٥٩ و٦/ ١٨٧.

(٢) قوله: "من البائع" ساقط من (ا) و (ب)..

(٣) المصدر السابق ٦/ ١٨٧.

(٤) فتح القدير ٦/ ١٨٧ وردّ المحتار ٤/ ١٩٨. (انظر إحالات ابن الهمام إلى شرح الزيادات من ص١٨٢ إلى ١٨٨)

(٥) وفي (ج) و (د): "البيع".

(٦) فتح القدير ٦/ ١٨٧.

أراد المشتري أخذ الجارية، وامتنع البائع عن التسليم، لايجبر البائع، لأن المشتري رضي بالفسخ، حيث طلب من القاضي فسخ العقد، فتمّ الفسخ في حقه، ولم يتمّ في حق البائع، فلهذا كان الخيار له[1].

هذا إذا رجع المشتري على البائع بالقضاء، فلو أنّ المشتري بعد الاستحقاق لم يخاصم البائع، ولكن طلب من البائع الثمن فأعطاه، أو قبل الفسخ ثم أقام البائع البينة على المستحق على الوجه الذي ذكرنا، قبلت ببينته، لأنه يثبت الملك لنفسه، وإذا قضى القاضي ببينته، لم يكن لأحدهما أن يلزم الجارية لصاحبه إذا لم يرضَ به الآخر، لأن العقد انفسخ بتراضيهما فلا يعود.

رجل رهَن عند رجل جارية بألف، وسلمها إليه، ثم إن الراهن أخذها بغير إذن المرتهن، وباعها من رجل[2]، وسلمها إلى المشتري، ثم إن المرتهن أقام البينة على المشتري أنها كانت رهنا عنده، فإنّ القاضي يقبل بينته، ويردها على المرتهن، لأنه أثبت لنفسه ملك اليد والحبس، وبذلك كان مقدّما على البائع، فيكون مقدما على المشتري[3].

ثم المشتري إن شاء فسخ العقد[4]؛ لأن التسليم فات بسبب كان عند البائع، فصار

---

(١) فتح القدير ٦/ ١٨٨.

(٢) "من رجل" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) انظر تكملة فتح القدير ٩/ ١١٠.

(٤) أى إذا رضى البائع بالفسخ، لما يذكره الشارح أن المشترى لا يستبدّ بفسخ البيع لمجرد تأخير التسليم، فإذا لم يرضَ البائع بالفسخ ليس له ذلك نعم، له أن يرفع القضية إلى القاضى، فالقاضى يفسخه لأن ولاية الفسخ إلى القاضى. (انظر الهداية للمرغينانى مع نتائج الأفكار ٩/

كأن لم يكن، وإن شاء صبر حتى يفتك الراهن، لأن التسليم فات بسبب يرجى زواله، فكان له الخيار كما لو أبق العبد المبيع قبل القبض.

فإن طلب المشتري من القاضي فسخ العقد، أجابه [إلى ذلك][1] لعجز البائع عن التسليم، ولاينفسخ إلا بقضاء أو رضىً، لأن الفسخ بتأخير التسليم مجتهد فيه، إذ تأخير التسليم ساعة لايوجب الفسخ، فيتوقف على قضاء القاضي، بخلاف ما لو وجد بالمبيع عيبا قبل القبض، فإنه ينفرد بالفسخ، وكذا الرد بخيار الرؤية لأنه غير مجتهد فيه، فلايتوقف على قضاء[2] أو رضى[3].

وعن أبي بكر الرازي أنّ هذا في البيع خاصة، أما في الرهن والإجارة: للمشتري نقض العقد من غير قضاء ولارضى، لأن العقد موقوف على إجازة المرتهن والمستأجر، فينفرد المشتري بالفسخ قبل الإجازة، كما ينفرد المشتري بالفسخ في بيع الفضوليّ.

فإن فسخ القاضي العقد بينهما، ثم إنّ الراهن قضى دَين المرتهن، وأفتك الرهن، لايكون له أن يلزم الجارية المشتري، ولايعود البيع بينهما، لأن القاضي فسخ العقد بينهما[4] بحق، لعجز البائع عن التسليم، فنفذ قضاءه ظاهرا وباطنا.

ولو أنّ الراهن أقام البينة أنه كان قضى دين المرتهن قبل البيع، ثم باعها من المشتري،

١١١، والدر المختار مع ردّ المحتار ٦/ ٥٠٨)

(١) مابين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبت من (ج) و (د).

(٢) وفي (ا) و (ب): "على قضاء القاضي".

(٣) انظر الهداية مع نتائج الأفكار ٩/ ١١١ وما بعدها.

(٤) "بينهما" ساقط من (ا) و (ب).

قبلت بينته، وهو ظاهر[1].

وإذا أخذ الجاريةَ، لايعود البيع في قول أبي حنيفة، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف.

وعلى قول محمد ينفذ الفسخ ظاهرا لا باطنا، وكان للبائع أن يلزم الجارية المشتري، وإن أراد المشتري أخذ الجارية، وامتنع البائع عن التسليم، لايجبر على التسليم، لأن المشتري رضي بالفسخ، فنفذ في حقه دون البائع.

رجل اشترى غلاما بمائة دينار، وقبضه، ثم باعه من رجل بألف درهم، وسلّمه، فاستحق الغلام من يد المشتري الثاني بالبينة، وأخذ المستحق، فأقام المشتري الثاني البينة أنّ المستحق كان باعه من البائع الأول بألف درهم[2]، وسلّمه إليه[3]، قبلت بينته[4]، لأنه لايمكنه إثبات الملك لنفسه إلا بإثبات الملك لبائعه، فكان خصما، وليس في بينته نقض القضاء، فتقبل بينته[5].

فإن لم يجد البينة، ورجع على بائعه بالثمن بقضاء القاضي، ثم إن بائعه وهو المشتري الأول، أقام البينة على هذا الوجه، وأخذ الغلام، لم يكن له أن يلزم العبد[6]

(١) كذا في الأصل، قوله: "وهو ظاهر" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) وفي (ا) و (ب): "بمائة دينار".

(٣) قوله: "وسلّمه إليه" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) انظر البحر الرائق ٦/ ١٤٥ وما بعدها وفتح القدير ٦/ ١٨٧.

(٥) "بينته" ساقط من (ا) و (ب) و(ج) و (د).

(٦) "العبد" ساقط من (ا) و (ب).

المشتري في قول أبي حنيفة، لأن القضاء بالفسخ نفذ ظاهرا وباطنا، وعلى قولهما لم ينفذ باطنا، لأنه فسخ العقد بينهما بناءً على أنه ملك المستحق. فإذا ظهر الأمر بخلافه ظهر بطلان القضاء، فلم ينفذ في حق البائع، ونفذ في حق المشتري لما قلنا[1].

ولو أن المشتري الأول لم يجد البينة، ورجع على بائعه بالثمن بقضاء، ثم إنّ البائع الأول أقام البينة على أنه كان اشتراها من المستحق، وأخذ العبد، كان له أن يلزم العبد المشتري الأول عندهما. لعدم نفاذ الفسخ في حق البائع الأول، وليس للمشتري الأول أن يلزم الثاني، لأن المشتري الثاني حين رجع على بائعه بالثمن، فسخ البيع الثاني[2]، والبائع الثاني لما رجع على بائعه بالثمن، فقد رضي بفسخ المشتري الثاني، فانفسخ البيع الثاني بتراضيهما، فلايعود. أما البائع الأول لم يرض بالفسخ، فلم ينفذ الفسخ في حقه، فكان له أن يلزم المشتري الأول.

وعلى قول أبي حنيفة نفذ الفسخ في حق الكل، وكان العبد للبائع الأول[3].

ذكر محمد الخلاف في هذا الموضع[4] خاصة. وكان أبو نصر محمد بن سلام البلخي[5] رحمه الله يقول: الخلاف في هذه المسألة دون ما تقدم، وكان يفرق لأبي حنيفة

---

(١) انظر فتح القدير ٦/ ١٨٧.

(٢) وفي (ج) و (د): "البيع الثاني".

(٣) راجع البحر الرائق ٦/ ١٤٥، وفتح القدير ٦/ ١٨٧.

(٤) وفي (ج) و (د): "هذا الفصل".

(٥) هو أبو نَصر محمد بن سلّام البلخي، صاحب الطبقة العالية، حتى أن الفقهاد عدّوه من أقران أبي حفص الكبير، وقال أبو الوفاء القرشي في الجواهر: "تارة يذكره بعض أصحابنا باسمه، وتارة

ويقول: هنا تأيّد قضاء القاضي بمؤيّد، وهو انفساخ العقد بين المشتري الأول والثاني ظاهرا وباطنا، وصحّة كل واحد من البيعين متعلق بصحة الآخر، فإذا انفسخ البيع الثاني من كل وجه، أوجب ذلك انفساخ البيع الأول.

وعامّة المشايخ قالوا: الخلاف في هذا الفصل خلاف فيه وفيما تقدم، لأن المعنى يجمع الكل، وإنما نصّ على الخلاف هنا، لأنه حفظ الجواب في هذه المسألة خاصة.

وقوله: "بأن قضاء القاضي في هذا الفصل تأيد بمؤيد"، لايصح، لأن العقد الثاني انفسخ بتراضيهما، لا لفساد العقد، وهذا لايؤيده قضاء القاضي، كما لو تفاسخا بالإقالة، ثم وقع القضاء على المشتري الأول.

رجل اشترى عبدا بألف درهم، وقبضه، ونقد الثمن، فاستحقه [رجل][1] بالبينة، ثم إن المشتري أقام البينة أن البائع باعه بأمر المستحق، قبلت بينته، لأنه ادّعى ما يصح به شراءه، فيكون خصما[2].

يذكرونه بكنيته، وتارة يجمعون بين الكنية والاسم، فيقولون: الفقيه أبو نصر محمد بن سلام، وكثيرا ما يذكره هكذا قاضي خان"، وقال اللكنوي: ذكر أبو الليث في آخر كتابه النوازل أن وفاته كانت سنة خمس وثلاثمائة.

انظر ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١٣٢٤. وفي «كتاب الكنى» من الجواهر ٤/ ٩٢، و«كتائب أعلام الأخيار» برقم ١٤٩، و«الطبقات السنية» برقم ٢٠١٤، و«الفوائد البهية» للكنوي، ص ١٦٨.

(١) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) راجع فتح القدير ٦/ ١٨٧.

فلو لم يقم البينة، ولكنه رجع على بائعه بالثمن، ثم إنّ البائع أقام البينة على المستحق أنه باعه بأمره، فهذا على وجهين[١]:

إن كان المشتري أخذ من البائع عَين الثمن الذي دفعه إليه، أو كان البائع استهلك ذلك الثمن، وغرَم مثله من ماله، لاتقبل هذه البينة، لأن البائع يزعم أنّ المستحق كان وكله بالبيع والأمر مع المشتري، فسخا ذلك البيع، لأن المستحق لما جحد الأمر، فقد فسخ ذلك العقد، والمشتري حين رجع على بائعه فقد رضي بذلك، فانفسخ العقد بتراضيهما، كما لو تقايلا البيع، فكان للمشتري أن يأخذ الثمن من المؤكل[٢]، والثمن الذي دفعه إلى البائع، أو الضمان الذي وجب على البائع باستهلاك الثمن مال الموكل، فلم يكن للوكيل حق في إقامة هذه البينة، ولافائدة، فلاتقبل.

وإن كان الثمن هلك عند البائع، فضمنه المشتري مثله، تقبل بينته، لأنه يدفع الضمان عن نفسه، ويبين أنه كان أمينا، وقد هلك الثمن في يده بغير صُنعه، فلاضمان عليه، فكان خصما فتقبل بينته.

ثم على قول أبي حنيفة نفذ الفسخ، فيرجع على المستحق [بالبينة][٣] بما ضمن، لأنه أمين، لَحقه الضمان في الأمانة، فيرجع على من ائتَمَنه، ويبقى العبد للمستحق، وعلى قول محمد يأخذ العبد، فيلزم المشتري، لأن القاضي قضى بباطل، فلم ينفذ

---

(١) وحاصل الوجهين أن لو برهن البائع أن المستحق أمره ببيعه وهلك الثمن فى يده تقبل، ولو استهلكه أو ردّ إلى المشترى عينه لا تقبل. (راجع فتح القدير ٦/ ١٨٧ والبحر الرائق ٦/ ١٤٥)

(٢) وفي (ج) و (د): "الوكيل".

(٣) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

قضاءه.

فإن قيل: الموكل مع المشتري فسخا العقد بتراضيهما من الوجه الذي قلنا، فوَجب أن لايعود البيع، ويكون العبد للمستحق.

قلنا: المستحق إنما رضي بالفسخ بناءً على أن لايلزمه شيئ، فإذا لحقه ضمان لايكون راضيا، والمشتري إنما رضي بالفسخ بناءً على أن يسلم المقبوض له، ولم يسلم، لأن البائع أثبت ببينته أنه أخذ ما ليس له حق الأخذ، فكان له حق الاسترداد.

ولو كان المشتري باعه من رجل، وسلّمه إليه، ثم استحق من يده، ورجع هو على بائعه بالثمن، ثم إن بائعه أقام البينة أن البائع الأول كان باعه بأمر المستحق، قُبلت بينته، لأنه خصم في إثبات ما يصح به شراءه، ويتمّ به ملكه.

وإذا قبلت بينته، وأخذ العبد، كان له أن يلزم المشتري الآخر في قول محمد رحمه الله، لأن فسخ القاضي لم ينفذ في حقه. وعند أبي حنيفة لايلزمه المشتري الثاني[1] بناءً على ما قلنا.

فلو أن المشتري الأول لم يقم البينة على هذا الوجه، ورجع على بائعه بالثمن، وأخذ منه عين الثمن الذي دفعه إليه، أو كان البائع الأول استهلك الثمن، وغرم مثله، ثم أقام البائع الأول البينة على المستحق أنه باعه بأمره، لايقبل، لما قلنا في الفصل الأول[2]،

(١) "الثاني" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) قوله: "في الفصل الأول" ساقط من (ا) و (ب).

ولو هلك ذلك الثمن في يده، وغرم مثله من ماله، تقبل البينة[1].

ثم على قول أبي حنيفة لايأخذ العبد، ولكن يرجع على المستحق بما غرم، وعلى قول محمد يأخذ العبد، فيلزمه المشتري الأول، ويأخذ منه الثمن، وليس للمشتري الأول أن يلزم المشتري الثاني، لانفساخ البيع الثاني بينهما بالتراضي.

رجل اشترى عبدا بألف درهم، وقبضه، ونقد الثمن، فاستحقه رجل من يده بالبينة، فرجع على بائعه بالثمن بغير قضاء، فأعطاه البائع، وضمنه له، ثم إنّ البائع أقام البينة على المستحق أنه كان باعه منه، وسلمه إليه، وقضى القاضي به، فأراد البائع أن يلزم المشتري، أو أراد المشتري أن يأخذه من البائع، ليس له ذلك، لأن العقد انفسخ بينهما[2] بالتراضي فلايعود البيع[3]، كما لو تقايلا[4].

وإن كان المشتري خاصمه إلى القاضي فقضى عليه بالثمن، فأخذه، أو لم يأخذه، ثم أقام البائع البينة على المستحق على الوجه الذي ذكرنا، كان له أن يلزم العبد المشتري إن شاء، وليس للمشتري أن يطالبه بتسليم العبد، لنفاذ الفسخ في حق المشتري، وعدم نفاذه في حق البائع، وهو قول محمد رحمه الله.

فإن أقرّ البائع أنه نوى فسخ البيع حين رجع على المشتري بالثمن، أو كانت جارية

---

(١) "البينة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "بينهما" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) "البيع" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) راجع فتح القدير ٦/ ١٨٧ .

فوطئها، أو عرضها على بيع، أو جاء منه ما يدل على الرضى بالفسخ، لم يكن له أن يلزم المشتري.

من المشايخ من قال: ما ذكر في الكتاب محمول على ما إذا نوَى الفسخ عند ردّ الثمن، لأن العقد لاينفسخ بمجرد النية، ولهذا لو نوَى الفسخ في خيار الرؤية أو الشرط، لاتعمل نيته، ولايكون فسخا. أما إذا نوى عند رد الثمن، تتصل النية بالفعل، فيكون فسخا.

وفيما إذا اشترى جارية، ثم جحد [1] الشراء، وعزم البائع على ترك الخصومة، يحل له الوطء، لأنه عزم على ترك الخصومة بالوطء، فكان الوطء ثمّة [2] بمنزلة رد الثمن هنا.

ومنهم من أجرى الجواب على ظاهر الكتاب، وقال بأن الفسخ لايقع بالنية، بل القاضي فسخ العقد بينهما، إلا أنه كان بمنزلة المكرَه، فإذا رضي، زال الإكراه، فينفذ فسخ القاضي، بخلاف خيار الرؤية والشرط، لأن ثمة لم يوجد الفسخ قبل النية، فلايقع بمجرد النية.

(١) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): "ثم جحد القبول الشراء"، وما ثبت في الأصل أصح.

(٢) "ثمّة" ساقط من (ا) و (ب).

باب العبد يشتريه واحد بعد واحد ثم يستحق أو يوجد حرا أو مدبرا

بني الباب على ما تقدم أن القضاء بالاستحقاق لايوجب انفساخ البَيّاعات [الماضية][1] في ظاهر الرواية، والقضاء بالحرية يوجب، ويرجع الباعة بعضهم على بعض.

[قال محمد رحمه الله][2]:

رجل اشترى عبدا بألف، وقبضه، ونقد الثمن، وضمن له إنسان بالدرك، وباعه من رجل، وسلّمه إليه، وباعه الثاني من ثالث، ثم استحقه رجل من يد الثالث، ليس لواحد من الباعة أن يرجع على بائعه قبل أن يرجع عليه[3]، وليس للمشتري الأول أن

---

(١) مابين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٢) مابين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبت من النسخ الأخرى.

(٣) و بناء على هذا ليس للمشتري الأوسط أن يرجع على بائعه قبل أن يرجع عليه المشتري الأخير، ويستفاد من هذا أنه لا يشترط الزام القاضي البائع بالثمن، بل للمشترى الرجوع على بائعه بدون الزام القاضي، وهو قول محمد، وهو المفتي به في المذهب الحنفي.
ثم إنما يثبت للمشتري الرجوع إذا لم يبرئه البائع عن الثمن قبل الاستحقاق، فلوابرأه البائع ثم استحق المبيع مديره لا يرجع على بائعه بالثمن، لأنه لا ثمن له على بائعه، وكذلك بقية الباعة لا يرجع بعضهم على بعض، لتعزر القضاء على الذي ابرأ مشتريه. راجع رد المحتار ٥/ ١٩٢.

يرجع على الكفيل[1] قبل أن يرجع على بائعه[2].

من المشايخ من قال: هذا قول محمد، وهو رواية عن أبي يوسف في «الأمالي»، أما على رواية الخصاف[3]، وبشر[4] عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله أنّ القضاء بالاستحقاق يوجب فسخ البياعات عندهما[5]، لكل واحد من الباعة أن يرجع على بائعه قبل أن يرجع عليه.

ومنهم من قال: لا[6]، بل هذا قول الكل، وإن انفسخ العقود عندهما على رواية الخصاف، لأن الثمن الذي بقي في يد كل واحد من الباعة بقي على ملكه بعد الفسخ.

ألاترى أن من اشترى عبدا، ونقد الثمن، فهلك العبد قبل القبض، ينفسخ العقد بينهما، ويبقى الثمن ملكا له، ينفذ فيه تصرفاته لبقاء القبض[7].

---

(١) يقصد من الكفيل هنا الضامن بالدرك، أي ضامن الثمن عند استحقاق المبيع. راجع «رد المحتار» ١٩٣/٥.

(٢) زاد في (ا) هنا: "أي قبل أن يقضى على بائعه".

(٣) هو الإمام أحمد بن عمر بن مُهير أبو بكر الخصّاف، تقدم ترجمته في ص . . .

(٤) هو بشر بن الوليد الكندي القاضي، تقدم ترجمته في ص ١٢٦.

(٥) وعلى عكس ذلك ينقل ابن الهمام رحمه الله قول شمس الأئمة السرخي: إن الصحيح من مذهب اصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسخ البياعات لم يرجع كل على بائعه با لقضاء راجع فتح القدير ٦/ ١٨٤ ورد المختار ٥/ ١٩٢ وما بعدها.

(٦) "لا" ساقط من (ا) و (ب).

(٧) أنظر رد المختار ٥٦٦/٤.

وكذلك رجل اشترى عبدا بجارية غيره، وقبض العبد بإذن البائع، ملكه، وإن لم يملك بائع العبد الجارية، وإذا بقي الثمن على ملكه، وسلامة الثمن كسلامة المبيع، لأنه عوضه، ولو سلم له المبيع، لايرجع على بائعه بالثمن، فكذلك إذا سلم له الثمن.

ولأنه لو رجع على بائعه، يجتمع في ملكه بدلان عن مبدل واحد، وهو محال، ولايرجع المشتري الأول على الكفيل لسلامة المبيع له من حيث الاعتبار.[1]

قال محمد رحمه الله في الكتاب: القضاء للمستحق قضاء على[2] المشتري الأخير خاصة. قال: وكيف يكون قضاء على غيره من الباعة، ولم يحضر له وكيل.

واختلف المشايخ فيه، والصحيح أنه أراد به في حق فسخ العقد، لا في حق الملك، بدليل أنه لو أقام واحد من الباعة البينة على الملك المطلق، لاتقبل، ولو لم يصر مقضيا عليه بذلك القضاء، وجب أن تُقبل، ولهذا كان لكل واحد من الباعة أن يرجع على بائعه من غير إعادة البينة[3].

ولو لم يستحق ولكن أقام العبد البينة أنه حر الأصل، وقضى القاضي بذلك، رجع الباعة بعضهم على البعض قبل أن يرجع عليه، ويرجع على الكفيل أيضا قبل أن يرجع

(١) راجع رد المختار ٥/ ١٩٣.

(٢) "على" ساقط من (ج) و (د)، وثبوته أولى.

(٣) وجاء في تنوير الأبصار اوضح مما قاله المصنف حيث قال: والحكم بالا ستحقاق حكم على ذي اليد وعلى من تلقي ذو اليد الملك منه، فلا تسمع دعوى الملك منهم، انظر: تنوير الابصار مع الدارالمختار، وردالمحتار ٥/ ١٩٢

على البائع، لأن الحر لايدخل تحت العقد، وبدله لايملك [بالرجوع][1]، فلو رجعت الباعة بعضهم على بعض قبل أن يرجع إليه[2]، لايؤدي إلى ما قلن [3].

ولو أقام العبد البينة أنه كان عبدا لرجل غير الباعة، فأعتقه ذلك الرجل، وقضى القاضي[4] به، رجع الباعة بعضهم على البعض، لأن القضاء بالعتق المطلق بمنزلة القضاء بحرية الأصل. ألاترى أن المقذوف لو أقام البينة أنه كان عبدا لفلان أعتقه، يجب الحد على القاذف[5].

وهذا لأن ما مضى من البياعات كانت حادثة، والإعتاق حادث، والأصل في الحوادث أنه إذا لم يعلم التاريخ أن يجعل مقارنا، والعتق إذا قارن البيعَ يمنع انعقاد العقد، فلهذا كان القضاء بالعتق المطلق، بمنزلة القضاء بحرية الأصل.

ولو أقام رجل البينة أنه عبده دبّره، أو كانت جارية، فأقام البينة أنه استولدها، فهذا والإعتاق سواء، لأنه أثبت لها حق الحرية، وحق الحرية كحقيقة الحرية[6].

طعن القاضي أبو حازم[7] رحمه الله وقال: ينبغي أن يكون هذا بمنزلة استحقاق

---

(١) مابين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٢) قوله: "فلو رجعت الباعة بعضهم على بعض قبل أن يرجع إليه" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) راجع الدرالمختار مع رد المحتار ٥/ ١٩٣ وما بعده.

(٤) "القاضي" ساقط من النسخ الأخرى.

(٥) راجع «ردّ المحتار» ٥/ ١٩٣.

(٦) المصدر السابق.

(٧) هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي، أبو حازم، المتوفي ٢٩٢ هـ. وتقدم ترجمته في ص

الملك، لأن البيع ينعقد على المدبّر وأمّ الولد، ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيع المدبر، يجوز[1]، رواية واحدة، وفي أم الولد روايتان، والمدبر يضمن بالغصب، ويملك بدله، وكذلك أم الولد عندأبي يوسف ومحمد.

والصحيح ما ذكر في الكتاب، لأنهما لايدخلان في العقد، ولايملك ثمنهما، ولايجوز بيع المدبر بقضاء القاضي، بل قضاء القاضي يوجب فسخ التدبير أوّلا، ثم ينفذ في القن، فكان هو والحرّ سواء[2].

ولو أقام رجل البينة أنه عبده أعتقه أو دبّره، بعد ما اشتراه المشتري الأخير، وقضى القاضي[3] بذلك، كان هذا والقضاء بالملك المطلق سواء، لأن الإعتاق المتأخّر لايمنع انعقاد البيع السابق، فكان هذا ومسألة أوّل الباب سواء.

٢٥٦.

(١) وفي (ج) و (د): "ينفذ".

(٢) راجع فتح القدير ٦/ ٤٧ وما بعدها.

(٣) "القاضي" ساقط من (ا) و (ب) و(ج) و (د).

باب من بيع علو المنزل ثم ينهدم أو يستحق أو يؤخذ بالشفعة

بني الباب على أن محل البيع هو المال المملوك، ومحل الإجارة المنفعة، لأنها وضعت لتمليك المنفعة، فيقتضي قيام المنفعة[1].

ولهذا لو اشترى أرضا سبخة، أو مهرا صغيرا جاز، ولو استأجر ذلك لايجوز[2]، لما قلنا.

قال محمد رحمه الله:

رجل له منزل عِلو في الدار. فباعه دون السّفل على أن لاطريق له في الدار، فهو جائز[3]، لأنه أضاف البيع إلى مال مملوك له مقدور التسليم، واستثناء الطريق لايُفسد

---

(١) وللعتابي كلام نفيس عند تأصيله للباب: أصل الباب أن الأوصاف غير مضمونة بضمان العقد، لأن العقد ورد على الأصل، دون الوصف، أما مضمون بضمان القبض والإتلاف، لأن القبض والإتلاف كما يرد على الأصل، يرد على الوصف. «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ٥٢.

(٢) راجع فتح القدير ٦/ ١٨٠ وما بعدها.

(٣) جواز بيع العلو موقوف على أن يكون العلو موجودا وقت البيع، إما إذا كان قد انعدم قبل البيع فلا يجوز بيعه، لأنه بيع معدوم، أو هو بيع مجرد حق التعلي و كلا هما لا يجوز راجع المجلة العدلية ماده ٢٠٥ . فتح القدير ٦/ ٦٤.

البيع، لأن الطريق لايستحق بدون الشرط، فاستثناءه لايمنع الجواز[1].

بخلاف ما لو باع جاريةً في بطنها ولد، واستثنى الولد، حيث لايجوز البيع، لأن الولد يدخل في البيع من غير شرط، فاستثناءه يغير موجب العقد، فيكون مفسدا[2].

وإذا جاز شراء العلو بدون الطريق[3]، كان له أن يفتح بابا إلى الطريق الأعظم، إن كان ظَهر العلوِ إلى الطريق الأعظم، لأن فتح الباب ليس إلانقض بعض الجدار، ولو نقض كل الجدار كان له ذلك، فنقض البعض أولى.

وإذا رفع الجدارَ كان له أن يتطرّق، لأن الشارع حقّ المسلمين، وهو منهم، وإن كان العلو في وسط البيوت، لايمكنه التطرق، جاز البيع أيضا، وإن كان لايتمكن من الانتفاع، لأن جواز البيع لايتعلق بالمنفعة[4].

ولو استأجر عِلوا لاطريق له، لايجوز. والفرق ما قلنا: إنّ الإجارة تمليك المنفعة، فتقتضي المنفعة[5].

ثم إذا جاز هذا البيع، فلو قبض العلو، ثم جاء رجل، واستحق بناء العلو، وأجاز البيع، صحت إجازته، وكان كل الثمن للمستحق.

---

(١) راجع «الهداية» للمرغيناني مع نتائج الأفكار ٨/ ٣٦٥.

(٢) راجع «الهداية» للمرغيناني مع فتح القدير ٦/ ٨٢ «ردّ المحتار» ٥/ ٦٩٧.

(٣) قوله: "وإذا جاز شراء العلو بدون الطريق" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) نتائج الأفكار ٨/ ٣٦٥. و«فتح القدير» ٦/ ١٨٠.

(٥) وكذالك لو استأجر علوا واستثنى الموجر طريقه تفسر الإجارة، بخلاف ما لو اشتري علوا واستثنى الطريق أنظر فتح القدير ٦/ ١٨١. و«ردّ المحتار» ٥/ ١٩٠.

أما صحة الإجازة جواب ظاهر الرواية أن القضاء[1] بالاستحقاق لايوجب انفساخ بيعة الماضية[2]، ثم جعل كل الثمن لمستحق البناء، لأن الثمن يقابل المبيع، والمبيع هو البناء دون الساحة، ولاحق التعلّي[3].

أما حق التعلي فلأن بيعه لايجوز، وكذا بيع ساحة العلو، لأن ساحة العلو سَطح السفل، وبيع السطح لايجوز[4]. [ولذا لو باع ساحة علوٍ، ولابناء عليها، لايجوز][5]، كما لو باع جَذعا في سقف[6].

فرق بين حق التعلي وحق الشرب، وجعل لحق الشرب قسطا من الثمن، فإنه ذكر في "كتاب الشرب":

إذا شهد شاهدان بشراء أرض بألف درهم، فشهد أحدهما أنه اشتراها بشربها بألف، وشهد الآخر أنه اشتراها بألف، ولم يذكر الشرب، لاتقبل شهادتهما، لأن بعض

---

(١) "القضاء" ساقط من (ا).

(٢) كذا في الأصل، وفي (ج) و(د): "لايوجب فسخ البيوع".

(٣) راجع «فتح القدير» ٦/ ١٨١.

(٤) وعلل المرغيناني لهذه المسألة بأن حق التعلى ليس بمال لأن المال ما يمكن احرازه، ومن أو عليه ابن الهمام، ولا هو حق متعلق با لمال بل هو حق متعلق با لهواء و ليس الهواء مالا يباع، والمبيع لا بد أن يكون احدهما. راجع الهداية مع «فتح القدير» ٦/ ٦٤.

(٥) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٦) أنظر «فتح القدير» ٦/ ١٨٠ وما بعدها.

الثمن يقابل الشرب، فكان هذا اختلافا بينهما في قدر ثمن الأرض[1].

وذكر في "كتاب القسمة"، وجعل للطريق قسطا من الثمن، فقال: إذا باع دارا مع ممرّها، فاستحق الدار دون الممّر، فإنه ينقسم الثمن على الدار والممر.

قالوا: ما ذكر في كتاب القسمة محمول على ما إذا باع [رقبة][2] الدار مع رقبة الطريق، أما مجرّد حق الاستطراق[3] لايجوز بيعه، هكذا ذكر أبو عبد الله الجُرجاني[4] عن أبي الحسن الكرخي[5].

---

(١) راجع «فتح التدير» ٦/ ٦٥.

(٢) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) قوله: "حق الاستطراق"، الاستطراق: استفعال من الطريق، "استطرقتُ إلى الباب": سلكتُ طريقا إليه، و"حق الاستطراق" أي: حق المرور، و نقل المطرّزي قول القدوري: «من غير أن يستطرق نصيب الآخر» أي يتخذه طريقا. انظر: «المغرب» للمطرّزي ٢/ ٢٠، و«المصباح المنير» ص ٣٧٢.

(٤) اسمه: محمد بن يحي بن مهدي، أبو عبد الله، الفقيه الجُرجاني، أحد الأعلام، عدّه صاحب الهداية من أصحاب التخريج، تفقّه على أبي بكر الرازي، وتفقه عليه أبو الحسين القدوري واحمد بن محمد الناطفي، مات سنة ٣٩٨هـ، ودفن إلى جانب قبر أبي حنيفة.
انظر ترجمته في: «كشف الظنون» ١/ ٣٩٨، تاريخ بغداد ٣/ ٤٣٣، «الجواهر المضية» برقم ١٥٧٣، «كتائب أعلام الأخيار» برقم ٢١٨، و«الطبقات السنية» برقم ٢٣٦٤، و«الفوائد البهية» ص ٢٠٢، الوافي بالوفيات ٥/ ٢٠٨.

(٥) هو عبيد الله بن الحسين بن دلال، الشهير بأبي الحسن الكرخي، المتوفي ٣٤٠هـ، وتقدم ترجمته في ص ١٠٧.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أن بيع حق الاستطراق جائز.

والفرق على ظاهر الرواية أنّ حق التعلي يتعلق بالهواء وسطح السفل، وبيعهما لايجوز، فما تعلق بهما لايكون محلا للبيع، فلايقابله الثمن.[1]

أما حق المرور حق يتعلق برقبة الأرض، ورقبة الأرض مال[2] يجوز بيعه، فكان للمتعلق به حكم المالية، وكذلك حق الشرب حق يتعلق بما هو مال محل للبيع، وهو رقبة النهر، وإنما لايجوز بيعه لمكان الجهالة، حتى لو كان عقدا تتحمل فيه الجهالة كالوصية والوقف يجوز، ويدخل فيه[3].

ولو اشترى علوا مبنيا، ولم يقبضه حتى أصابه المطر، وأذهبه، فقال المشتري: أنا آخذ ساحة العلو بجميع الثمن أو ببعضه لأبني عليه، ليس له ذلك لأن المبيع[4] هو البناء، والساحة كانت تبعا له، وفوات المعقود عليه قبل القبض يوجب انفساخ العقد.

كما لو اشترى شاةً، في ضرعها لبن، فهلكت قبل القبض، يبطل البيع، ولايكون للمشتري أن يأخذ اللبن، كذلك ههنا.

وكذا لو جاء السيل، وأذهب العلو والسفل جميعا، فقال مشتري العلو: أنا آخذ

---

(١) راجع «فتح القدير» ٦/ ١٨١.

(٢) وفي (ج) و (د): "وهي مال".

(٣) أنظر «فتح القدير» ٦/ ٦٦.

(٤) وفي (ج) و (د): "البيع"، وهو خطأ.

موضع العلو حتى إذا بنيتَ سِفلكَ أبني عليه العلو، ليس له ذلك لما قلنا.[1]

علو لرجل، وسفله لآخر، وطريق العلو في السكّة العظمى، أو في دار أخرى، فباع صاحب السفل سِفله، كان لصاحب العلو أن يأخذ بالشفعة بالجوار[2].

وضع المسألة فيما إذا كان طريق العلو في السكة العظمى، حتى يكون استحقاق الشفعة بالجوار، لا بالشركة في حقوق المبيع، وإنما كان كذلك، لأن حق الشفعة يثبت بالجوار، وهو اتصال الملكين، وقد وجد هنا اتصال الملكين على سبيل التأبيد.

وكذا لو باع صاحب العلو عِلوه، كان لصاحب السفل أن يأخذ بالشفعة، لما قلنا[3].

فلو أن صاحب العلو طلب الشفعة، ولم يأخذ حتى انهدم العلو، أو كان منهدما حين باع السفل، لايكون له الشفعة[4] في قول أبي يوسف[5].

وقال محمد: له الشفعة على كل حال، سواء كان العلو منهدما وقت البيع أو انهدم بعد ذلك.

---

(١) أنظر «فتح القدير» ٦/ ٦٥.

(٢) أنظر الفتاوى الهندية ٥/ ١٦٧.

(٣) المصدر السابق.

(٤) وفي (ج) و (د): "لاشفعة له".

(٥) انظر «النتف في الفتاوى» ١/ ٥٠٠، لقاضي القضاة أبي الحسن على بن الحسين بن محمد السغدي.

قالوا على قياس قول محمد في الشفعة: إذا اشترى علوا، ولم يقبض حتى جاء المطر، وأذهب العلو، كان للمشتري العلو[1] أن يأخذ ساحة العلو بجميع الثمن.

وجه قول محمد: أنّ حق الشفعة لايثبت بالبناء، لأنه نقليّ، وحق الشفعة لايثبت بالنقليّ، وإنما يثبت بحق ثابت على وجه الدوام، وهو حق البناء. ولهذا لو اشترى البناء ليرفعه لايستحق الشفعة.

وليس لقائل أن يقول: كيف يستحق الشفعة بحق البناء، وحق البناء لايجوز بيعه؟ لأنا نقول: كم من شيئ لايجوز بيعه، ويستحق به الشفعة.

قال: أرأيت طريقا غيرَ نافذ، بين دور لقوم، ليس الطريق بملك لهم، إنما هو قبالهم، فباع بعضهم داره، كانت الشفعة للشركاء في الطريق، ولو باع أحدهم طريقه لايجوز.

وكذلك أراض لقوم، شربها من نهر صغير، لاتجري فيه السّفن، بين قوم، فباع أحدهم أرضه بشربه، كانت الشفعة للشركاء في الشرب، ولو باع الشرب لايجوز.

ثم قال محمد: على قياس قول أبي يوسف إذا انقطع الماء أياما في هذه المسألة، وجب أن لاتكون الشفعة للشركاء في الشرب، وهو بعيد، فكذلك في مسألة العلو.

ولأبي يوسف: أن حق الشفعة ثبت بخلاف القياس في شفع ملك إلى ملك، فلايستحق إلا بالملك. ولهذا لايستحق بحق السكنى، ولابحق الرهن، فكذا بحق التعلّي.

(١) "العلو" ساقط من (ج) و (د).

ولايستحق الشفعة بحق التعلي في حجرة أخرى بجنبها، فكذا في حق التعلّي[1].

ومسألة الشرب والممر قول محمد، ولئن سلّمنا فالفرق بين حق الشرب والتعلّي ما قلنا، والله أعلم.

(١) ذكر الإمام السغدي خمسة وعشرين شيئا ما لاتثبت فيه الشفعة، وذكر منها: "دار فوقها أخرى، فإذا بيعت السفلى وكانت العليا قد خربت، فلا شفعة فيها لصاحب حق العلو على الاختلاف في قولي أبي يوسف ومحمد. راجع «النتف في الفتاوى» ١ / ٥٠٠ لشيخ الاسلام قاضي القضاة أبي الحسن على بن الحسين بن محمد السغدي المتوفي سنة ٤٦١هـ طبع بغداد سنة ١٩٧٥م.

باب بيع الوالد على ولده الصغير وبيع الوصيّ على الصغير

بنى الباب على أن الواحد في المعاوضات المالية لايصلح عاقدا من الجانبين، لأن حقوق العقد فيها ترجع إلى العاقد، فيصير الواحد مطالبا ومطالَبا، مستزيدا مستنقصا، وذلك محال[1]، إلا الأب إذا باع ملكه من ولده الصغير، واشترى مال الصغير لنفسه بما يتغابن الناس فيه، فإنه يجوز استحسانا.[2]

والقياس أن لايجوز، وهو قول زفر[3]، وعلى قول الشافعي: يجوز بيعه من ولده، ولايجوز شراءه من ولده[4].

---

(١) قال العتابي: أصل الباب: أن الواحد لايتولى طرفي العقد من الجانبين في باب البيع، لأن الحقوق راجعة على العاقد، ومن المحال أن يكون الشخص الواحد مطالبا ومطالَبا. قاضيا ومقتضيا، مسلّما ومتسلّما، والقياس في الأب كذلك كما قال زفر رحمه الله في الكبار، لكن استحسنا، وقلنا بأن الأب بحكم كمال الشفقة قام رأيه مقام الرائين، وعبارته مقام عبارتين، «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٥٢.

(٢) و أوجز ابن الهمام في هذه المسئلة بأن عدم تولّي الواحد طرفي العقد في البيع وغيره من المعاملات مخصوص عند الأب يشتري مالَ ابنه لنفسه، أو يبيع ما له منه. راجع: فتح القدير ٥/ ٤٥٨، وبدائع الصنائع ٥/ ١٥٤، جامع أحكام الصغار ١/ ٢٧١.

(٣) انظر بدائع الصنائع، ٥/ ١٣٦.

(٤) انظر «نهاية المحتاج» ٥/ ١٩٢، وما بعدها.

وحكي عن أبي علي الشاشي[1] أنه قال: هذا ليس ببيع في الحقيقة، بل هو قربان مال الصغير[2] على وجه الأحسن، لأن الظاهر أنه ينظر لولده فوق ما ينظر لنفسه، فكان قربان ماله على وجه الأحسن، وإنما سمّي بيعا توسعة ومجازا.

والصحيح: أنه بيع لثبوت أحكام البيع من خيار العيب، والرؤية، وحق الشفعة، وغير ذلك.

وجه القياس: ما قلنا إنه لو جاز هذا العقد[3] يرجع إليه الحقوق، فيؤدّي إلى الاستحالة، فلايجوز، كما لو وكّل الأب وكيلا بذلك، ففعل الوكيل.

وجه الاستحسان: أن الأب لكمال شفقته، قام شخصه مقام شخصين، ورأيه مقام

---

(١) هو الفقيه أحمد بن محمد بن إسحاق، أبوعلى الشاشي، سكَن بغداد ودرّس بها، وتفقهّ على أبى الحسن الكرخى، ثم جعل الكرخى التدريس له، وكان يقول: ما جاءنا أحفظ من أبى على الشاشى، مات سنة ٣٤٤ هـ.

انظر ترجمته في: طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٤٣، كتائب أعلام الأخيار برقم ١٨٠، الطبقات السنية برقم ٣٠٧، تاريخ بغداد ٤/ ٣٩٢، الجواهر المضية برقم ١٩١، الفوائد البهية ص٣١. أخبار أبي حنيفة وأصحابه للصيمري ص ١٦٣

والشاشي: نسبة إلى "شاش"، مدينة بما وراء النهر ثم وراء نهر سَيحون، متاخمة لبلاد الترك. معجم البلدان للحموي، ٣/ ٣٤٩.

(٢) في (ج) و (د): "اليتيم".

(٣) "هذا العقد" ساقط من(ا) و (ب)

رأيين، فيجعل كأنه باع منه، وهو كبير بالغ[1].

ثم تحمّل الحقوق بحق الأبوّة، لابحكم العقد، فيكون أصيلا في حق نفسه، نائبا في حق الصغير، حتى لو بلغ كانت العهدة على الصغير.[2]

وفيما إذا باع ماله من أجنبي، فبلغ الصغير، كانت العهدة على الأب، بخلاف ما إذا وكل وكيلا بذلك، لأن شفقته دون شفقة الأب، فلايقوم مقام الأب في حق الصغير.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله:

لايجوز بيع أحد من نفسه، ولاشراءه من نفسه إلا الأب يبيع ماله من ولده[3]، وقد ذكرنا.

وصورة البيع من نفسه أن يقول: "بعت هذا من نفسي"، أو يقول[4]: "اشتريت هذا

---

(١) فالظاهر انه يختار ولده علي نفسه، فانتفت التهمة منه، ولذا يشترط في هذا التصرف بأن لايتضرر به الصغير، فلو باع بمثل القيمة، أو اشترى بمثل القيمة جاز. انظر: «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٥٢، وجامع أحكام الصغار ١/ ٢٧١.

(٢) قال العتابي: الحقوق من جانب الصغير راجع الي الصغير، لكن بحكم عجزه يتحمل الاب عنه بطريق النيابة، حتى لو بلغ كان هو المطالب أو المطالَب دون الأب، فإن كانت العهدة بطريق التحمل لا بحكم العقد، لايؤدي إلى التضاد والاستحالة. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٥٢. وانظر بدائع الصنائع ٥/ ١٥٢.

(٣) راجع: بدائع الصنائع ٥/ ١٥٢، فتح القدير ٥/ ٤٥٨، جامع أحكام الصغار ١/ ٢٧١.

(٤) قوله: "أو يقول" ساقط من (ا) و (ب).

لنفسي" ، فإذا قال ذلك ، يتم البيع ، ولايحتاج إلى قوله : قبلت[1] ، لما ذكرنا أن كلامه قائم مقام كلامين، ولأن نفس القبول لايعتبر ، وإنما يعتبر الرضى ، ولهذا ينعقد البيع بالتعاطي من غير إيجاب ولاقبول، وقد وجد دلالة الرضى[2].

ثم قال محمد رحمه الله : إلا الأب إذا باع ماله من ولده بما يتغابن الناس فيه ، وأشهدَ، فإنه يجوز ، والإشهاد ليس بشرط ، وإنما قال ذلك على وجه الاحتياط ، حتى لايجعل ذلك تركة بعد موته.

وروى الحسن[3] عن أبي حنيفة أنه لايجوز بيعه من ولده الصغير ، إلا بمثل القيمة ، لأنه متّهم في حق نفسه ، فربما يوثر نفسه على ولده ، فكان الغَبن اليسير والفاحش سواء ،

---

(١) "قبلت" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) صوّر الفقهاء التعاطي بما إذا اتفق البائع والمشترى، ثم يأخذ المشتري المتاع ويذهب برضى صاحبه من غير دفع الثمن، أو يدفع المشتري الثمن للبائع ثم يذهب من غير تسلّم المبيع. انظر: «ردّ المحتار» ٥/ ٥٢١.

(٣) هو الإمام الحسن بن زياد اللؤلؤي، صاحب الإمام أبي حنيفة، وكان يختلف إلى أبي يوسف وزفر، وقال يحيى بن آدم: ما رأيت أفقه من الحسن بن زياد ولي القضاة، ثم استعفى عنه، وقال ابن سماعة: سمعت الحسن يقول: كتبت عن ابن جريج اثني عشر ألف حديث كلها يحتاج إليها الفقهاء، توفي سنة ٢٤٠ هـ، انظر ترجمته في: الطبقات السنية برقم ٦٧٦ ، تاريخ بغداد ٧/ ٣١٤، الجواهر المضية برقم ٤٤٨ ، الفوائد البهية ص ٦٠ ، طبقات الفقهاء للشيرازي ١٤٦ ، الأنساب ٤٩٦ ، شذرات الذهب ٢/ ١٢ ، الكامل ٢/ ٣٥٩، ميزان الاعتدال ١/ ٤٩١ .

فلايتحمّل منه الغبن[1]، كما لا يتحمل من المريض المديون، بخلاف ما لو باع مال ولده من الأجنبي، لأنه غير متّهم، فيتحمّل منه[2] اليسير.

وروى هشام عن محمد: أنه يتحمّل منه الغبن الفاحش في بيعه من نفسه.

والصحيح: ما ذكر في ظاهر الرواية، لأن الغبن اليسير، إنما يتحمل من الأب[3] في بيعه من الأجنبي، لتعذّر الاحتراز عنه، فيجعل عفوًا في حقه أيضًا[4]، ولأن الظاهر من حال الأب[5] أن لايضرّ بولده، لمنفعة يسيرة تعود إليه، بخلاف المريض المديون، لأنه حجر عن التبرّع لحقّ الغرماء، فيستوى فيه اليسير والفاحش.

رجل له عبد، فوكّل رجلا بأن يبيعه من ابنه الصغير، أو يشتري عبدا لابن للأب، فباعه الوكيل من الابن، أو اشترى من الابن، وهو صغير، لايعبّر عن نفسه، وأشهَدَ، كان باطلا، وقد ذكرنا الفرق بين ما إذا فعل الأب ذلك بنفسه، وبين ما إذا وكل وكيلا، ففعل الوكيل[6].

فإن كان الأب حاضرا، فلما قال الوكيل: بعت هذا الغلام من ابنك الصغير بكذا،

---

(١) "الغبن" ساقط من(ا) و (ب).

(٢) "منه" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) كذا في الأصل وفي (ج): منه.

(٤) انظر: «الجامع الصغير»، ص ٥٣١، وجامع أحكام الصغار ١/ ٢٧١، نقلا عن شرح الطحاوي.

(٥) وفي (ج) و (د): "من حاله".

(٦) سقطت العبارة في نسخة (ا) و (ب) من قوله: "بين ما إذا فعل الأب" إلى آخر الفقرة. .

وقال الأب: قبلت، كان جائزا.

وكذا في الشراء، لو قال الوكيل: بعت عبد الابن منك، فقال الأب: قبلت، أو اشتريت، أو أجرت، جاز، لأن العقد قام بإثنين، فلايؤدي إلى الاستحالة، وتكون العهدة من جانب الأب على الوكيل، ومن جانب الابن على الأب.

وبعضهم جعلوا على العكس، لأن جعل الأب متصرّفا عن نفسه أولى، والأول أصحّ، لأن تصرف الأب لنفسه مباح، وللصغير فرض، لأنه من باب النظر، فيجعل الأب متصرفا للصغير، تحقيقا للنظر.

رجل له ابنان صغيران، لأحدهما عبد، وللآخر جارية، فقال الأب[1]: أشهدوا أني اشتريت عبد ابني فلان لابني فلان بجاريته، فهو جائز، لأنه لو اشترى لنفسه يجوز، فكذا إذا اشترى لولده الآخر.

ولو وكل الأب بذلك، ففعل الوكيل، لايجوز، لما قلنا إنه دون الأب في كمال الشفقة[2]، فلايقوم مقامه، ولو وكل رجلا ليشتري لأحد الابنين، ووكل آخر بالبيع، فتَبايع الوكيلان جاز، لأن العقد قام بشخصين.

رجل له ابن صغير يعبّر عن نفسه، ويعقل البيع والشراء، إلا أنه ليس بمأذون في التجارة، فقال الأب لرجل: بع عبدي هذا من ابني، ففعل الوكيل ذلك، إن علم الغلام بأمر الأب جاز، وإن لم يعلم لايجوز.

---

(١) "الأب" ساقط من (ا) و (ج).

(٢) العبارة في (ج) و (د): "إن شفقته دون شفقة الأب".

وذكر في المأذون: إذا قال المولى لأهل السوق: بايعوا عبدي، يصير مأذونا في التجارة، وإن لم يعلم به العبد.

وذكر في الوكالة: لو قال لرجل: اشتر عبدي من فلان، فذهب واشترى، إن علم فلان بأمره جاز، وإن لم يعلم لايجوز، وذكر في موضع آخر من الوكالة أنه يجوز، ولم يشترط العلم.

من أصحابنا من قال: تأويله إذا علم بذلك[1]، وفرقوا بين إذن الصبي، وإذن العبد، وقالوا: إذن العبد يصح بدون العلم، وإذن الصبي لا، لأن ما يلزم العبد يقضى من مال المولى، لأنه يباع فيه، فلايشترط علم العبد[2].

أما دين الصبي يقضى من ماله، فيشترط علمه، فالحاصل: أن الإذن القصدي لايثبت بدون العلم في العبد والصبي جميعا، بخلاف الإيصاء حيث يثبت بدون العلم.

وعن أبي يوسف: أن الوكالة القصديّة تثبت بدون العلم، وكذا الإذن، وسوّى بينه وبين الإيصاء، وفي ظاهر الرواية فرق بينهما، لما عرف في "الجامع ا لصغير" وغيره.

وأما الإذن: إذا كان تبعا، فيه روايتان، وكذا الوكالة، إذا كانت تبعا لأمر الحاضر بالتصرف، هل تثبت بدون العلم؟ فيه روايتان، وجه رواية الصحة أنّ الإذن والتوكيل يثبت تبعا لأمر الحاضر، ولهذا يصير مأذونا قبل المبايعة، فيثبت من غير علم، كعزل الوكيل إذا كان تبعا، وكم من شيء يجوز حكما، ولايجوز قصدا.

---

(١) "بذلك" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) وفي (ج) و (د): "علمه".

وجه الرواية الأخرى أن صحة شراء المأمور، لاتفتقر إلى الأمر، فبقي الإذن مقصودا، فلايصح بدون العلم.

ولو وكل الأب رجلا ببيع عبده، ولم يقل من ابني، فباعه من ابنه لايجوز، وإن علم الابن بذلك، ما لم يجز الأب، لانعدام الإذن.

ولايجوز بيع الوصي لليتيم ولاشراءه من نفسه إلا أن يكون خيرا لليتيم، وهو قول أبي حنيفة[1].

وقال أبو يوسف ومحمد: لايجوز على كل حال، ولم يذكر هنا قول أبي يوسف، وإنما ذكر بعض المتأخرين في شروحهم، وذكر في الوصايا رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة.

لهما ما ذكر الاستحالة، وإنما تركنا[2] القياس في الأب، لكمال شفقته، وفي هذا لايقوم الوصيّ مقام الأب.

ولأبي حنيفة أن الوصيّ مختار الأب، لكنه قاصر الشفقة، فلقصور شفقته اعتبرنا حقيقة النظر في تصرفه، وذلك بأن يبيع ما يساوي درهمين بدرهم،[3] وقيل: ما يساوي

---

(١) انظر جامع أحكام الصغار، نقلا عن «الفتاوى الصغرى» ١/ ٢٧٠.

(٢) وفي (ج): "ترك".

(٣) نقل الاستروشني عن وصايا «الفتاوى الصغرى» تفسيرَ الخيرية: أن يشتري ما يساوي عشرة، بخمسة عشر فصاعدا، أو يبيع منه مال نفسه ما يساوي خمسة عشر بعشرة، فهو جائز، وبما فوقها لا، وبه يفتى، وكذا ذكر في «فتاوى قاضي خان» تفسير الخيرية في غير العقار: أن يشتري منه ما

ألفا بثمان مائة [درهم][1].

ولو كان وصيًا لليتيمين، فاشترى أحدهما من صاحبه أو باع، لايجوز في قولهم، أما على قولهما فظاهر، وأماعلي قول أبي حنيفة فلأنه لايجوز تصرّفه إلا بشرط النظر، وفي نظر أحدهما إضرار بالآخر.

وكذا لو أذن لليتيمين، أو أذن لعبديهما، فتبايعا، لم يجز[2]، لأنهما استفادا ولاية التصرف منه، وهو لايملك ذلك بنفسه، فكذلك الصبيان، بخلاف ما لو أذن الأب، لأنه لو فعل ذلك بنفسه يصح، فكذا إذا فعلا بإذنه.

وبيع الصبي من الوصيّ، كبيع الوصي من نفسه، لأنه استفاد الولاية من جهته.

يساوي عشرة بخمسة عشر. انظر: جامع أحكام الصغار ١/ ٢٧١.

(١) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) في نسخة (ا) و (ب). لا يجوز تبايعهما.

باب[1] الأمر بالبيع والشراء بشرط الخيار

بني الباب على أن تصرف المأمور إذا خالف أمر الآمر لاينفذ، لأن النفاذ بحكم الأمر، وفيما خالف لم يوجد الأمر، فلاينفذ، إلا إذا كان خلافا إلى خير في الجنس[2]، بأن وكّله ببيع عبده بألف، فباعه بألف ومائة، ينفذ عليه، لأنه وفاق معنى[3].

ولو[4] وكّله ببيعه بألف، فباعه بمائة دينار، لاينفذ عليه، وإن كان خيراً، لأنه ربما

---

(١) زاد في (ا) و (ب) "من الأمر".

(٢) هذه قاعدة مهمة في مجال العقود، تتناول البحث عن تصرف الوكيل والفضولي، فذكر العتابي في أصل هذا الباب أن تصرف المأمور إن وافق أمر الآمر، يعدّ على الآمر، وإن خالف، إن كان الخلاف إلى خير وهو من جنس المأمور به فكذلك، وإن كان الخلاف إلى شر، إن وجد نفاذا على المأمور، يعد عليه، نحو الشراء وغيره، وإن لم يجد نفاذا عليه يتوقف على إجازة الآمر نحو البيع وغيره. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٥٢.

وقال الحَصيري: إن تصرف المأمور إذا وافق أمر الآمر، ينفذ، وإذا خالف قصدا، إن كان إلى شر، لاينفذ. «التحرير في شرح الجامع الكبير» باب الوكالة في البيوع ما يضمن ومالا يضمن، ورق ٥/ ٦٢١، وفي المبسوط: "تصرف الوكيل على الآمر إنما ينفذ فيما يرجع إلى تحصيل مقصوده". المبسوط ١٠/ ٢١٤.

(٣) انظر: «ردّ المحتار» مع الدر المختار، ٥/ ٥٢١ وما بعدها.

(٤) "معنى" ساقط من (ج) و (د).

يرغب في أحد الجنسين دون الآخر.

وإذا تعذّر التنفيذ علي الآمر، ينظر إن كان بيعا يتوقّف، وإن كان شراءً لايتوقف، وينفذ على المشتري، لأنه لما خالف، صار فضوليا[1]، وشراء الفضولي لايتوقف لإمكان التنفيذ عليه.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل أمر رجلا أن يبيع عبده، ويشترط الخيار للآمر ثلاثة أيام، فباع، ولم يشترط الخيار، لم يجز، لأنه أمره ببيع لايزيل الملك، وقد أتى ببيع يزيل الملك، فيكون مخالفا[2].

فرق أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله بين هذا وبين ما إذا وكله ببيع فاسد، فباع بيعا جائزا، جاز على الآمر عندهما، خلافا لمحمد، [3] فمحمد سوّى بينهما[4].

ووجه الفرق لهما أن البيع بشرط الخيار للبائع، لايزيل الملك على كل حال، أما البيع

---

(١) تصرف المأمور المخالف لاينفذ على الآمر، لأن النفاذ عليه إنما كان بحم الأمر، وفيما خالف لم يوجد الأمر، فلاينفذ، ويكون الحال بعد الأمر كالحال قبله، وفي صورة المخالفة يعتبر المأمور فضوليا، ويظل العقد موقوفا مستندا إلى الإجازة، وذكر الحَصيري أن "الأصل في التصرف وقوعه تاما، وترتيب موجَبه عليه في الحال، إلا إذا تعذر تنفيذه فيتوقف"، «التحرير في شرح الجامع الكبير»، ورق ٥/ ٢٠٣.

(٢) انظر: «الفتاوى الهندية» ٣/ ٥٨٩.

(٣) قوله: "فمحمد سوى بينهما" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) انظر: «المبسوط» للسرخسي، ١٩/ ٥٦ وما بعدها.

الفاسد قد يزيل الملك في الحال، بأن كانت السلعة مقبوضة، فالتوكيل به يكون توكيلا بهما، ولايكون توكيلا بما[1] لايزيل الملك على كل حال، فإذا باعه بيعا جائزا، فقد أتى ببيع يزيل الملك على وجه الصحة، فكان خلافا إلى خير حيث أمره بأن يطعمه حرامًا، وقد أطعمه حلالا[2].

ولو باعه بشرط الخيار للآمر كما أمره، ثم إنه أوجب البيع وأسقط الخيارَ، لم ينفذ على الآمر، لأنه لم يرضَ بزوال ملكه من غير إجازته، فبقي خياره، ويكون الثاني[3] خيار الإجازة، لاخيار الشرط، حتى لايتوقف بوقت، لأن اشتراط الخيار لغير العاقد اشتراط للعاقد عندنا، فإذا أسقط الخيار بطل خيار الشرط، ويجعل كأنه باع، ولم يشرط الخيار.

ولم يذكر في الكتاب أن الوكيل، لو فسخ العقد، هل يصح فسخه؟

وذكر عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله أنه قال[4] يصح، لأنه فرّ من العهدة، فيصح ذلك منه[5]، كالفضولي إذا باع، ثم فسخ قبل الإجازة، يصح فسخه، لأنه فرار عن

---

(٣) قوله: "ولايكون توكيلا بما" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) وعلّل السرخسي لما ذهب إليه محمد رحمه الله بأن الآمر أمره ببيع لاينقطع به حق المؤكل في الاسترداد، وإقدام الوكيل على العقد الجائز يمنع حق استرداده، فيكون خلافا إلى شرّ. راجع «المبسوط» ١٩/ ٥٦.

(٣) "الثاني" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) "قال" ساقط من النسخ الأخرى.

(٥) ذكره الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء»: "قال أبو جعفر: اشراطه الخيار لغيره، اشترط

العهدة، كذلك هنا[١].

ولو أمره بالبيع مطلقا، فباع، وشرط الخيار للآمر أو لنفسه ثلاثة أيام جاز، لأنه أمره بالبيع مطلقا، فيملك أيّ بيع كان.

وعلى قول زفر رحمه الله: إذا شرط الخيار للآمر لايجوز بيعه.

وأصله ما عُرف في البيوع أن اشتراط الخيار لغير العاقد عندنا[٢]، لايفسد العقد، وعنده يفسد[٣].

حجته[٤] أن الخيار حق من حقوق العقد، فاشتراطه لغير العاقد يوجب فساد العقد، كما لو شرط التسليم على غير العاقد، أو نحوه[٥].

ولنا: أنه لما شرَط الخيار لغيره، يجعل كأنه شرط الخيار لنفسه، ووكّل غيره باستيفاء

الخيار منه لنفسه، وتوكيل لغيره بإجازته أو فسخه" انظر: «مختصر اختلاف العلماء» للجصاص، اختصر «اختلاف العلماء» للطحاوي، ٣/ ٥٦.

(١) وانظر: «البحر الرائق» ٦/ ٢١.

(٢) "عندنا" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) انظر: «بدائع الصنائع» ٥/ ١٧٤، و «فتح القدير» ٥/ ١٢٦.

(٤) وفي النسخ الأخرى: "له أن الخيار".

(٥) يرى الإمام زفر رحمه الله أن هذا الشرط خلاف لمقتضى العقد، لأن خيار الشرط من حقوق العقد، وحقوق العقد لا تثبت إلا للعاقد، فاشتراطه لغير العاقد خلاف ما يقتضيه العقد، فصار مفسدا للعقد، كما أن خيار الشرط شأنه شأن خيار العيب والرؤية، وهما لايثبتان لغير العاقد، فكذلك هذا. انظر: «بدائع الصنائع» ٥/ ١٧٤، والاختيار لتعليل المختار ٢/ ١٤.

موجب الخيار تصحيحا[1].

وإذا جاز هذا العقد، وشرط الخيار للآمر، فأيهما أجاز العقد، أو ردّ،[2] صح[3].

وكذا لو شرط الخيار لأجنبي صح، لأن كل واحد منهما يملك استيفاء موجب الخيار[4].

وإن أجاز أحدهما، وفسخ الآخر، ووجد ذلك منهما معًا[5]، في رواية الفسخ أولى، لأنه أقوى، فإنه يرِد على الإجازة، والإجازة لاترِد على المفسوخ[6]، وفي رواية

---

(١) فصّل السرخسي حجّة الأحناف بأن هذا في معنى اشتراط الخيار لنفسه، لأنه يجعل الغير نائبا عنه في هذا الحق، ولايكون نائبا عنه في حق إلا إذا أثبت له ذلك الحق، ولهذا ابتداء يثبت للشارط ثم يكون هو وكيلا عنه، ولو اشترط الخيار لنفسه ووكّل به غيره جاز، وذلك لإزالة الغبن الذي يلحقه، وقد يشتري الإنسان شيئا وهو غير مهتد فيه، فيحتاج إلى اشتراط الخيار لمن يكون مهتديا فيه من صديق ونحوه، فللحاجة إلى ذلك جعلناه كاشتراط الخيار لنفسه. «المبسوط» ١٣/ ٤٧.

(٢) وفي (ج) و (د): "فسخ".

(٣) جاء في «مختصر اختلاف العلماء»: قال أصحابنا: يجوز شرط الخيار لغير العاقد، والذي شرط له الخيار، فإن أجازه جاز، وإن نقض انتقض، وكذلك العاقد الذي شرط، فله الخيار. «مختصر اختلاف العلماء» مسألة برقم ١١٣٤، ٣/ ٥٥.

(٤) انظر: «البحر الرائق» ٦/ ٢٠.

(٥) قوله: "ووجد ذلك منهما معًا" ساقط من (ا) و (ب).

(٦) قاعدة: "الإجازة لاترِد على المفسوخ" ذكرها قاضي خان في كتاب الوصايا بصيغة: "الإجازة إنما تعمل في الموقوف"، وذكرها الفقهاء في صياغات متقاربة: فقال السرخسي: "الإجازة تلحق

تصرف العاقد أولى، على ما عرف في الأصل[1].

فإن أمره باشتراط الخيار لنفسه، فباع، وشرط الخيار لنفسه، أو للآمر، أو للأجنبي جاز، لما ذكر أن اشتراط الخيار لغير العاقد اشتراط للعاقد، وأيهما فسخ، أو أجاز، جاز[2].

ولو باع، وشرط الخيار لنفسه، فأجاز الآمر البيع، أو ردّ، هل يصح ذلك منه؟ قالوا: يصح ردّه، لأن العين بقي على ملكه، وبردّ البيع تمتنع الإزالة، فيصح.

وأما إجازته حكي عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله: لو قال قائل: لا تعمل إجازته، فله وجه، لأنه إلزام العهدة على الوكيل من غير رضاه، وإن قال قائل: تصح إجازته، فله وجه، لأنه لما باع مع احتمال أن يلزمه البيع بوجه من الوجوه، فقد رضي بالعهدة.

ولو أمره بأن يشتري له عبدا، أو جارية بعينه، أو بغير عينه، وسمّى له ثمنا، أو

الموقوف لا المفسوخ"، المبسوط: ٢٤/ ٩٤ و٢٥/ ٧٣، وفي «شرح السير الكبير»: "الإجازة إنما تلحق الموقوف لا الباطل"، ٥/ ٢٠٤٨، وفي الهداية: "المفسوخ لا تلحقه الإجازة"، وقال الحَصيري تلميذ قاضي خان في بيانها: إن الإجازة إنما تعمل في العقد الموقوف، لا في العقد المفسوخ، لأن الإجازة تنفيذ العقد، فيقتضي قيام العقد، ولهذا قلنا: إن في بيع الفضولي يشترط لنفاذ العقد عند الإجازة: قيام المعقود عليه، وقيام المشتري، ومن توقف على إجازته. «التحرير في شرح الجامع الكبير» مخطوط، ٢/ ٢٩٠

(١) راجع «البحر الرائق» ٦/ ٢٠.

(٢) انظر: «مختصر اختلاف العلماء» للجصاص، ٣/ ٥٦، و«الدر المختار» مع «ردّ المحتار» ٤/ ٥٦٧ و ٥٨٤.

جنسا، وأمره بأن يشترط الخيار لنفسه، فشرط الخيار لنفسه، أو للآمر، أو للأجنبي جاز، لأنه وافق أمره، لأنه شرط الخيار لنفسه في الوجوه كلها، وأيهما أجاز أو نقَضَ صح، لما قلنا.

ولو أمره بالشراء بشرط الخيار للآمر، لا لنفسه[1]، فشرط الخيار لنفسه، أو اشتراه بغير خيار، لزم المشتري دون الآمر، لأنه أمره بعقد لا يلزم حكمه إلا بإجازته، فإذا اشتراه بغير خيار، فقد خالف أمره، وكذا إذا شرط الخيار لنفسه، لأن اشتراط الخيار لنفسه، لا يكون اشتراطا لغيره، فإذا لم ينفذ على الآمر، يصير مشتريا لنفسه، لما قلنا.[2]

ولو أمره بأن يشتري له جارية بعينها، أو بغير عينها، وسمّى ثمنا، أو جنسا، وأمره بأن يشترط الخيار للآمر، فاشترى، وشرط الخيار للآمر، ثم إن الوكيل قال: "رضيت الجارية، وأمضيت البيع"[3]، جاز ذلك على نفسه[4]، فيما بينه وبين البائع، ولم يجز على الآمر، فكان على خياره، حتى لو رضي الآمر بالعقد، يلزمه العقد.

وإن فسخ العقدَ، ولم يجز، يلزم الوكيل، لأن اشتراط الخيار لغير العاقد اشتراط

(١) قوله: "لا لنفسه" ساقط من (ج) و(د).

(٢) انظر: «ردّ المحتار» لابن عابدين، ٦/ ٥٨٥.

(٣) "البيع" ساقط من (ا) و(ب).

(٤) ومثله ماذكره الجصاص: إن كان الآمر أمره بشرط الخيار، ثم قال المشترى: قد رضي الآمر، تم البيع، فإن قال الآمر في مدة الخيار: لم أرض، فالقول قوله، ويلزم البيع المشتري، دونه. «مختصر اختلاف العلماء» مسألة برقم ١١٣٥، ٣/ ٥٦.

للعاقد[١]، وإذا ثبت له الخيار، صحت إجازته، لكن لايلزم الآمر، لأنه لم يرض بدخول الجاريه في ملكه ولزوم الثمن إلا بإجازته، فبقي العقد في حق الآمر موقوفا على إجازته[٢].

ولايقال: إن الشراء لايتوقف، فإذا لم ينفذ على الآمر، وجب أن ينفذ على المشتري، لأنا نقول: هذا إذا لم يقع العقد لغير العاقد، وهنا وقع العقد لغير العاقد، فلاينفذ على العاقد ما لم يبطل حق الآمر، فإن رضي به الآمر نفذ عليه، وإن لم يرض نفذ على الوكيل، لأنه رضي بلزوم البيع، ووجوب العهدة.

فإذا زال حق الآمر لزم الوكيل، كالوكيل بالشراء، إذا رضي بالعيب، كان للآمر أن يردّ، وإذا ردّ الموكل لزم الوكيل، فصار الشراء على هذا الوجه بمنزلة البيع[٣].

وإذا بقي الخيار للآمر، اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: يبقى له خيار الشرط، لأنه ذو حَظّ منه، والصحيح أنه يبطل خيار الشرط، ويبقى له خيار آخر، لايتوقّت بوقت، كما في الوكيل بالبيع.

ولو أن الوكيل لم يُسقط الخيار، فقال له الآمر: ردّ الجارية، فلاحاجة لي فيها، لم يكن ذلك نقضا للبيع، حتى لو ماتت الجارية في يد الوكيل قبل أن يردّ، ماتت من مال الآمر، لأن قوله: "رد الجارية" أمر بالنقض، والأمر بالنقض لايكون نقضا، كالأمر بالبيع

---

(١) كما سبق أن نقلنا قول الإمام الطحاوي، انظر: «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٥٦.

(٢) وانظر: «البحر الرائق» ٦/ ٢١.

(٣) المصدر السابق، وانظر «الفتاوى الهندية»، ٣/ ٥٨٥.

لايكون بيعًا، والأمر بالطلاق لايكون طلاقا، وقوله: "لاحاجة لي فيها" إظهار للاستغناء، وليس بنقض.

من أصحابنا من قال: هذا قول أبي حنيفة ومحمد، وأما على قول أبي يوسف: ينتقض البيع، لأن على قولهما المشروط له الخيار، لاينفرد بالفسخ بغير مَحضر من صاحبه، وعلى قول أبي يوسف: ينفرد.

والصحيح: أن هذا قول الكل، لأن هذا أمر بالنقض، وليس بنقض.

فإن قال الوكيل بعد هذا: "رضيتها، وأمضيتُ البيع"، ثم ماتت، ماتت من مال الآمر، لأن البيع لم ينتقض بكلام الآمر، فصار الحال بعد هذا القول، كالحال قبله، وقبل ذلك لو قال الوكيل: "رضيتها، وأمضيت البيع"، ثم هلكت[1]، ماتت من مال الآمر.

فإن لم تهلك الجارية بعد رضى الوكيل، حتى قال الآمر: نقضتُ البيع، لزمت الجارية للوكيل، لأنه رضي بالعقد، إلا أنه لم يعمل ذلك لحق الآمر، فإذا نقض الآمر يكون للوكيل.

فلو أن الوكيل لم يردّها بعد ما قال الآمر: ردّها، ولم يرض، ولكن باعها من رجل، وسلّمها إليه، وقبض منه الثمن، فالآمر بالخيار إن شاء أجاز البيع، وإن شاء فسخ، لأن المبيع ملكه، لما قلنا إن قوله: "ردّ الجارية" ليس بنقض[2]، فيتوقف البيع على إجازته، فإن

(١) وفي (ج) و (د): "ماتت".

(٢) العبارة: "إن قوله: "ردّ الجارية" ليس بنقض" ساقط من (ا) و (ب).

شاء أجازه، وإن شاء نقض[1].

فإن أجاز، جاز البيع على الآمر، ويطيب له الربح، لأنه لما أجاز البيع، ملكَه مستندا إلى وقت العقد السابق، وقبض الوكيل كقبضه، فكان الربح حاصلا على ملكه وضمانه، فيطيب له.

وإن نقضه لزم المشتري، لأن بيع الوكيل إسقاط منه للخيار، ورضى به، إلا أنه لم يعمل لحق الآمر، فإذا زال حقه، عمل رضى المشتري، وصارت الجارية له، ولاينفذ عليه البيع الثانى، لأنه كان موقوفا على ملك الآمر، فلاينفذ على الوكيل بملك حدَث له بعد البيع، كالفضولي إذا باع مال[2] الغير، ثم ملكه بوجه من الوجوه، لاينفذ بيعه، كذلك هنا.

فلو أن الوكيل مع المشتري الثانى جدّدَ العقد بعد ذلك، جاز لقيام الملك له وقت التجديد، وكان الثمن والربح طيبا له، لأنه اجتمع له الملك والضمان.

ولو أمره بأن يشتري له جارية، وسمّى الثمن أو الجنس[3]، أو لم يسمّ، وسمّى الجنس، وأمره أن يشترط الخيار لنفسه، فاشترى بغير خيار، لزم المشتري، لأنه خالف أمره.

---

(١) قوله: "فإن شاء أجازه، وإن شاء نقض" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) وفي (ج): "ملك".

(٣) قوله: "أو الجنس" ساقط من (ج) و (د).

وذكر في كتاب الوكالة أنها تلزم الآمر.

وجه تلك الوكالة أنه لما أمره باشتراط الخيار لنفسه، فقد أمره بعقد ينفرد بإتمامه وإلزامه[1]، وقد أتى به[2]، فلايصير مخالفا.

وجه هذه الرواية ما قلنا: إنه خالفه في نفس العقد، فلايلزم الآمر.

(١) في (ج) و (د): "إبرامه".

(٢) قوله: "وقد أتى به" ساقط من (ا).

باب ما يكون قصاصا[1] في الصرف والسلم وما لايكون

بنى الباب أن دَين الصرف والسلم يستوفي، لأن فائدة الوجوب الاستيفاء، ولايوفي به دَين آخر، لأن إيفاء دين آخر به استبدال[2]، وبيع المسلم فيه وبيع العَين المنقول قبل القبض حرام[3]، فبيع الدين أولى، لأن العَين تَقبل من التصرفات ما لا يقبله الدين.

وكذلك بدل الصرف مَبيع من وجه، لأن البيع لايخلو عن مبيع وثمن، وليس أحدهما يجعله مبيعا أولى من الآخر، فكان كل واحد منهما مبيعا من وجه، فيجعل في حرمة الاستبدال مبيعا من كل وجه احتياطا[4]، وعلامة الاستيفاء وجود قبض مضمون بعد

---

(١) في (ا): "ما يكون قضاء"، وفي جميع النسخ الأخرى: "ما يكون قصاصا". وهو الذي ثبت في «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ور ق ٥٤.

(٢) ذكر العتابي في أصل هذا الباب: أن الاستبدال بالمسلم فيه وبدل الصرف قبل القبض لايجوز، لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك». (أخرجه الدارقطني من حديث أبي سعيد، ٣/ ٤٥، ورواه عبد الرزاق موقوفا على ابن عمر قال: «إذا أسلفت في شيء فلا تأخذ إلا رأس مالك أو الذي أسلفتَ فيه».) ولأن المسلم فيه مبيع، والاستبدال بالمبيع قبل القبض باطل. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٥٤.

(٣) انظر: «الهداية» مع «فتح القدير»، ٧/ ٩٥.

(٤) لأن بدل الصرف ثمن من وجه، فيلحق بالمثمن من كل وجه احتياطا لأمر الحرمة، وإذا حرم الاستبدال تعيّن الاستيفاء. انظر «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط ورق ٥٤.

الصرف والسلم.

أما[1] إذا وُجد القبض قبل عقد الصرف والسلم، فدين الصرف والسلم يكون قضاء لما قبله، لما عرف أن في المقاصّة[2]، آخر الدينين يكون قضاء عن أولهما، ولايكون قضاء عن آخرهما، لأن القضاء لايَسبَق الوجوب.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله:

رجل أسلم إلى رجل مائة درهم في كرّ حنطة وسَط إلى أجل معلوم، ثم إن ربّ السلم باع من المسلم إليه عبدا بكرّ حنطة وسَط موصوف في الذمة، وقبض الكر الثمن، ولم يدفع العبد، حتى هلك في يده، أو انتقض بيع العبد بما هو فسخ من كل وجه، كالرد بخيار الرؤية، أو الشرط، أو العَيب قبل القبض، أو بعده بقضاء القاضي[3]، كان على بائع العبد رد الثمن، كما هو الحكم في انفساخ العقد، وللبائع أن يمسك المقبوض، ويردّ مثله عندنا.

---

(١) "أما" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "المقاصّة": قاصَصْتُه مقاصّة وقصاصا، من باب قاتل، إذا كان لك عليه دين، مثل ماله عليك، فجعلت الدين في مقابلة الدين، مأخوذ من اقتصاص الأثر، ثم غلب استعمال القصاص في قتل القاتل وجرح الجارح. وقال المطرزي: القصاص: وهو مقاصّة ولي المقتول القاتلَ، والمجروح الجارح، وهي مساواته إياه في قتل أو جرح، ثم عمّ في كل مساواة، ومنه: تقَاصّوا، إذا قاصّ كلٌ منهم صاحبَه في الحساب، فحبس عنه مثلَ ما كان له عليه. انظر: «المغرب» للمطرزي، ٢١٨٢، و«المصباح المنير» ص ٥٠٥.

(٣) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

وقال زفر رحمه الله: يتعين عليه ردّ المقبوض[1].

والصحيح مذهبنا، لأن المستحق على البائع عند انفساخ البيع رد الثمن، والثمن مايستحقه البائع بحكم البيع، والبائع استحقّ على المشتري بحكم البيع كرّا في الذمة، لا كرّا بعينه.

وإنما ملك المقبوض بالقبض، فلايجب عليه ردّ هذا الكر، لأن الفسخ يَرِد على ما ورد عليه البيع.

فلو أن البائع لم يردّ الثمن حتى حلّ السلم، فهو على وجوه ثلاثة[2]:

إما إن كان بيع العبد، وقبض الثمن بعد عقد السلم، أو كانا قبل السلم، أو كان بيع العبد قبل السلم، وقبض الثمن بعد عقد السلم.

وكل ذلك على وجهين: إما إن كان فسخا في حق الناس كافّة، أو في حق المتعاقدين خاصّة.

فإن كان بيع العبد، وقبض الثمن بعد السلم، ثم انفسَخ البيع بما هو فسخ في حق الكل، يصير الثمن قصاصا بالسلم، تقاصّا أو لم يتقاصّا، لأن البيع لما انفسخ من كل وجه، بقي قبض الثمن قبض مضمون بعد عقد السلم، فيصير استيفاء السلم.

وإن انتقض البيع بما هو فسخ في حق المتعاقدين خاصة، كالإقالة، والردّ بالعيب بعد

---

(١) انظر «بدائع الصنائع»، ٥/ ٢٠٦.

(٢) "ثلاثة" ساقط من (ج) و (د).

القبض بغير قضاء، لايصير قصاصًا وإن تقاصًا، لأن لهذا الفسخ حكم العقد المبتدأ[1] فيما ليس من أحكام ذلك العقد، وقبض السلم ليس من أحكام ذلك العقد، ولأن حرمة الاستبدال بالمسلم فيه حق الشرع، والإقالة عقد مبتدأ في حق الثالث على ما عرف.

وإذا اعتُبرت الإقالة عقدا جديدا في حق الشرع، يصير بيع العبد قائما، فكان الكرّ مقبوضا على وجه الاقتضاء بدين وجب بعقد آخر، وما يكون[2] على وجه الاقتضاء بعقد آخر، لايكون استيفاء للمسلم فيه، فيكون استبدالا ضرورة.

وإن كان الشراء، والقبض قبل عقد السلم، ثم انفسخ بيع العبد[3] بما هو فسخ في حق الكل، أو في حق المتعاقدين خاصة، لايصير قصاصا بالسلم، وإن تقاصّا؛ لأنه لم توجد صورة الاستيفاء، وهو قبض مضمون بعد عقد السلم، فيكون استبدالا.

ولو كان الشراء قبل عقد السلم، والقبض بعده، ثم انتقض بيع العبد بما هو فسخ في حق الكل، ثم حلّ السلم، يصير الثمن قصاصا بالسلم، تقاصّا أو لم يتقاصّا بالسلم[4]، لأن الاستيفاء يقع بالقبض، والقبض كان بعد السلم، فإذا انتقض بيع العبد من كل وجه بقي الكرّ مقبوضا بعد عقد السلم بغير عقد، فيكون استيفاء.

كما لو غصب من المسلم إليه كرا بعد السلم، ثم حل السلم، يصير قصاصا، وإن

---

(١) وجاء في (ا) و (ب): "حكم ابتداء العقد".

(٢) وفي (ج): "وما وجب".

(٣) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): "ثم فسخ البيع".

(٤) "بالسلم" ساقط من (ج) و (د).

انتقض بيع العبد بالإقالة ونحوها، لم يصر قصاصا، وإن تقاصّا لما قلنا.

وأما فصل الصرف:

رجل اشترى دينارا بعشرين درهما، وقبض الدينار، ولم ينقد العشرين، حتى اشترى من بائع الدينار ثوبا بعشرين درهما، ودفع إليه الدراهم، فلم يتفرّقا، حتى انفسخ بيع الثوب بسبب من الأسباب التي هي فسخ من كل وجه، فهو والسلم سواء، إن كان شراء الثوب، وقبض الثمن بعد عقد الصرف، يصير ثمن الثوب قصاصا ببدل الصرف، تقاصّا أو لم يتقاصّا، لأن بيع الثوب، لما انفسخ من كل وجه، بقي قبض مضمون بعد عقد الصرف، فيكون استيفاء لبدل الصرف.

وإن انتقض بيع الثوب بالإقالة ونحوها، ذكر في بعض الروايات أنه لاتقع المقاصّة، وإن تقاصّا، وسوّى بينه وبين السلم، لما قلنا في السلم، ولأنه لو وقعت المقاصّة، يكون صرفا بدين سَيجب، وذلك باطل.

وذكر في كتاب الصرف، إذا أكره أحدهما، لاتقع المقاصّة، وإن تقاصّا تقع المقاصة، وجه هذه الرواية: أنهما لما أقدما على المقاصّة، ولاصحة للمقاصة مع بقاء الصرف الأول لما ذكرنا، يجعل كأنهما فسخا ذلك الصرف، وأنشئا صرفا بدين وجب بالإقالة، ولو أنشاء الصرف على هذا الدين حقيقة يصحّ، بخلاف السلم، فكذا إذا ثبت الإنشاء في ضمن المقاصّة تصحيحا.

أو نقول: يجعل إقدامهما على المقاصّة فسخا للصرف، واستبدالا ببدل الصرف لا إنشاءً للصرف، لأنه إنما يجعل إنشاءً ضرورة، ولا ضرورة بعد انفساخ الصرف، ولأن الاستبدال ببدل الصرف بعد انفساخ الصرف جائز، بخلاف السلم، لأنا لو جعلنا المقاصّة

فسخا للسلم، لايجوز الاستبدال برأس المال بعد فسخ السلم.

وإن كان بيع الثوب، وقبض الثمن قبل عقد الصرف، ثم انفسخ بيع الثوب بما هو فسخ من كل وجه، لاتقع المقاصّة، لما قلنا في السّلم، وإن تقاصّا، تقع المقاصه عندنا، لأنهما لما أقدما على المقاصّة، ولاصحة للمقاصة مع بقاء ذلك[1] الصرف، يجعل كأنهما فسخا الصرف، وأنشئا صرفا بهذا الدين تصحيحا واقتضاءً.

وعلى قول زفر: لاتصح[2] المقاصّة، لأنه لايقول بالاقتضاء.

ولو انفسخ بيع الثوب بالإقالة ونحوها، فهو على وجهين: إن كانت الإقالة قبل عقد الصرف، إن تقاصّا جازت المقاصة عندنا، خلافا لزفر، لما ذكرنا.

وإن كانت الإقالة بعد عقد الصرف، يكون على الروايتين اللتين ذكرناهما.

وإن كان بيع الثوب قبل الصرف، وقبض الثمن بعد الصرف، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كانا جميعًا[3] بعد عقد الصرف، لأن المقاصّة تقع بالقبض، فيعتبر القبض، ولا يعتبر العقد[4]. ـ والله أعلم ـ

---

(١) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "لاتقع".

(٣) "جميعًا" ساقط من (ج).

(٤) وفي (ج) و (د): "لا العقد".

باب الزيادة في البيع

بني الباب على على أصول:

أحدها: أن الزيادة في البيع تصحّ حال قيام المعقود عليه، ولاتصح بعد هلاكه في ظاهر الرواية[1]، لأن الزيادة تغيير للعقد، فيقتضي قيام العقد، وقيام العقد بقيام المعقود عليه[2].

والثاني: أن الزيادة الحكميّة، كالولد ونحوه، لاتعتبر مزيداً عليه حال قيام الأصل[3]، وتعتبر بعد هلاكه، لأنها تَبَع الأصل، والتبع لايزاحِم الأصل[4]، ولأن الزيادة القصدية، متى صحّت تلتحق بحالة العقد، والولد الحادث لم يكن موجودا وقت العقد.

---

(١) انظر أقوال الفقهاء في الزيادة في البيع في «مختصر اختلاف العلماء» للجصاص، اختصار «اختلاف العلماء» للطحاوي، ٣/ ١١٠.

(٢) عبّر العتابي هذا الأصل بقوله: "أصل الباب أن شرط صحة الزيادة قيام المزيد عليه، لأن الزيادة بدون المزيد عليه لاتكون". «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٥٥.

(٣) ذكره الحَصيري في قاعدة: "التبع لايظهر مع ظهور الأصل"، «التحرير في شرح الجامع الكبير» للإمام جمال الدين الحصيري، ورق ٥/ ٥٢٠.

(٤) وقال قاضي خان في ص ١٣٩١: "التبع لايزاحم الأصل، لانعدام المساواة بينهما".

والثالث: أن الزيادة متى صحت، ينقسم الثمن عليها وعلى الأصل على اعتبار القيمة، فتعبر قيمة الأصل يوم العقد، وقيمة الزيادة يوم الزيادة، تعتبر قيمة كل واحد منهما وقت سبب الضمان، وسبب الضمان في حق الأصل العقد، وفي الزيادة القصدية [يوم][1]الزيادة، وفي الولد الحادث قبل القبض، تعتبر قيمته يوم قبض المشتري، لأن سبب الضمان في حقه، هو القبض.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله:

رجل اشترى جاريةً تساوي ألفا بألف، فولدت قبل القبض ولدا قيمتُه ألف درهم، ثم زاد البائع غلاما يساوي ألفا، ثم صارت قيمة الولد ألفَي درهم، ثم قبضهم المشتري، ونقَد الثمن، فإن الثمن يقسّم على الجارية والغلام نصفين لما قلنا، ولايعتبر الولد.

ثم ما أصاب الأمّ يقسّم عليها، وعلى ولدها أثلاثا، لأن قيمة الجارية يوم العقد ألف، وقيمة الولد يوم القبض ألفان، فلهذا تقسّم حصة الجارية[2] عليها وعلى ولدها أثلاثا، فصار في الغلام نصف الثمن، وفي الجارية سدس الثمن، وفي الولد ثلث الثمن، فبأيّهم وُجد عيبا، ردّه بقسطه من الثمن.

ولو لم تلِد الجارية، ولكن كانت عينها بيضاء، فانجلى البياض من عينها[3]، فصارت تساوي ألفي درهم، فجاء عبد يساوي ألفا، وضرب عينها، فعاد بياضها، ودُفِع العبد

(١) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "الأمّ".

(٣) قوله: "من عينها" ساقط من النسخ الأخرى.

بالجناية، فالعبد المدفوع بمنزلة الولد، لأنه قام مقام انجلاء البياض، وانجلاء البياض كان زيادة متصلة، لا قسط لها من الثمن، فإذا زالت، ودفع العبد بها، صارت زيادة منفصلة، فصار هو والولد سواء، يقسّم الثمن على الأصل والزيادة القصدية، تعتبر في الانقسام[1] قيمة الأصل يوم العقد، وقيمة الزيادة يوم الزيادة.

ثم ما أصاب الجارية يقسم عليها وعلى العبد المدفوع، تعتبر قيمته يوم قبض المشتري، ولا ينظر إلى الزيادة والنقصان فيما بين ذلك.

وطعن القاضي أبو حازم رحمه الله، فقال: يجب أن تعتبر قيمته يوم الدفع، لأنه صار مقصودا بالدفع، فتعتبر قيمته يوم الدفع، كما تعتبر قيمة الزيادة القصدية يوم الزيادة.

والجواب عنه أن العبد الجاني بالدفع[2] قام مقام الفائت، فصار الدفع في حقه كالولادة في حق الولد، فلا يكون له قسط من الثمن ما لم يقبضه المشتري.

ولو هلكت الجارية بعد الولادة، أو بعد ما دفع العبد بالجناية، ثم زاد البائع في المبيع دابّة أو غلاما يساوي ألفا، صحّت الزيادة، لأن العقد يبقى ببقاء الولد، أو العبد المدفوع بالجناية، فصحت الزيادة لبقاء البيع، ويعتبر الولد مزيدا عليه، بخلاف ما إذا زاد في البيع[3] حال قيام الجارية، حيث لا يعتبر الولد والعبد الجاني مزيدا عليه، حتى لا يكون له قسط

---

(١) قوله: "في الانقسام" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) وفي (ج) و (د): "العبد المدفوع".

(٣) "في البيع" ساقط من (ا).

من الثمن[1]، لأن الولد تبع، فلايزاحم الأصل.

وإذا هلك الأصل، صار الولد والعبد الجاني أصلا، فيعتبر مزيدا عليه، وإذا صحت الزيادة يقسّم الثمن على قيمة الجارية يوم العقد، وعلى قيمة الولد أو المدفوع بالجناية[2] يوم القبض.

ثم تسقط حصّة الجارية عن المشتري لهلاكها قبل القبض، بقيت حصة الولد أو العبد الجاني[3]، ثم تقسم حصة الولد على الولد وعلى الزيادة القصدية، تعتبر الزيادة يوم الزيادة، وقيمة الولد والعبد الجاني[4] يوم قبض المشتري، حتى لو هلكت الزيادة القصدية، هلكت بحصتها من الثمن، ويخيّر المشتري إن شاء أخذ الولد أو العبد ا لجاني بحصته من الثمن، وإن شاء ترك، لأن الزيادة القصدية إذا صحت، تصير مبيعا قصدا، فإذا هلكت الزيادة قبل القبض، فقد هلك بعض المبيع قبل القبض، فيخيّر [المشتري][5].

ولو هلك الولد، أو العبد الجاني قبل القبض، ينفسخ البيع، لأن الولد، أو العبد الجاني يعتبر مبيعا على تقدير بقاءه إلى وقت القبض، فإذا هلك قبل القبض جعل كان لم يكن.

---

(١) قوله: "حتى لا يكون له قسط من الثمن" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "بالجناية" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) "الجاني" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) سقطت عبارة طويلة من قوله: "ثم تقسم حصة الولد" في (ج) و (د).

(٥) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

ولو لم يكن ينفسخ البيع بهلاك الجارية قبل القبض، فكذا إذا ولدت، وهلك الولد قبل القبض، وإذا انفسخ البيع، ظهر أن البائع زاد في المبيع بعد انفساخ البيع، فلايصح، فلهذا كان له أن يستردّ الزيادة.

ولو اشترى جاريتين تساوي كل واحدة ألفا بألفي درهم صفقةً واحدة، فولدت إحداهما ولدا، وهلكت الوالدة، وبقي الولد، ثم أن البائع زاد في المبيع دابّة تساوى ألفا، صحت الزيادة، لأنها صادفت مزيدا عليه، فإن قبضهم المشتري، وقيمة الولد ألفان، فوجد بأحدهم عيبا، ردّه بحصته من الثمن.

وطريق معرفة الحصّة أن يقسم الثمن أوّلا على الجاريتين نصفين، لاستواءهما في القيمة، ثم ما أصاب الوالدة، وهو ألف، انقسم عليها وعلى ولدها أثلاثا، لأن قيمة الجارية كانت يوم العقد ألفا، وقيمة ولدها يوم القبض ضعف ذلك، فتحوّل إلى الولد ثلثا الألف، وهو ستمائة وستة وستون وثلثان، وبقي ثلث الألف في الوالدة، وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث.

فإذا هلكت الجارية سقطت[1] حصتها، وبقى علي المشتري ألف وستمائة وستة وستون وثلثان، فإذا زاد البائع دابة تساوي ألفا، والزيادة في البيع شرعت لرفع غَبن تمكن في الثمن، فجعل الزيادة القصدية على الولد والجارية الأخرى على قدر ما فيها من الثمن، والباقي من الثمن في الجارية الحية ألف، وفي الولد ستمائة وستة وستون وثلثان، فالتفاوت بينهما قدر ثلث الألف، فاجعل كل ثلث سهما، فصار ما في الجارية ثلاثة

---

(١) "سقطت" ساقط من (ا) و (ب).

أسهم، وما في الولد سهمان، فانقسمت الزيادة القصدية عليهما أخماسا، ثلاثة أخماسها بإزاء الجارية، وخمساها بإزاء الولد.

ثم يقسم ما في الجارية الحية، وهو ألف، عليها وعلى ثلاثة أخماس الزيادة على قدر قيمتها، وقيمة الجارية ألف، وقيمة ثلاثة أخماس الزيادة ستمائة، فاجعل كل مائتي درهم سهما، فكانت الجارية خمسة أسهم، وثلاثة أخماس الزيادة ثلاثة أسهم.

وتكون جملة ذلك[1] ثمانية أسهم، فيقسّم ما في الجارية، وهو ألف، عليها وعلى ثلاثة أخماس الزيادة على ثمانية أسهم، فتنتقل ثلاثة أثمان الألف، وهو ثلاثمائة وخمسة وسبعون إلى ثلاثة أخماس الزيادة، وبقي في الجارية خمسة أثمان الألف، وهو ستمائة وخمسة وعشرون.

ويقسم ما في الولد، وهو ثلثا الألف على الولد، وعلى خمسي الزيادة على قدر قيمتهما، وقيمة الولد ألفان، وقيمة خمسي الزيادة أربعمائة، فاجعل كل أربعمائة سهما، فكان الولد خمسة أسهم، وخمسا الزيادة سهما واحدا.

ويقسم ما في الولد من الثمن، وهو ثلثا الألف على الولد، وعلى خمسي الزيادة على ستة أسهم، خمسة في الولد، وسهم في خمسي الزيادة.

وإذا جعلنا ثلثي الألف، وهو ستمائة وستة وستون وثلثان على ستة أسهم، كان كل سهم مائة وأحد عشر وتسعا، فينتقل إلى خمسي الزيادة سهم واحد من ستة أسهم[2]،

---

(١) وفي (ج) و (د): "فجملته ثمانية".

(٢) العبارة في (ج) و (د): "سهم من ستة".

وبقي في الولد خمسة أسهم، وهو خمسمائة وخمسة وخمسون، وخمسة أتساع.

فالزيادة التصدية مرّة انتقل إليها من الجارية الحيّة ثلاثمائة وخمسة وسبعون، ومرّة انتقل إليها من الولد مائة وأحد عشر وتسع، فكان جملة ما انتقل إلى الزيادة أربعمائة وستة وثمانون وتسع، وفي الولد خمسائة وخمسة وخمسون، وخمسة أتساع، وبقي في الجارية حمسة أثمان الألف. وهو ستمائة وخمسة وعشرون، فبأيّهم وجد عيبا، ردّه بحصته من الثمن.

وإن هلك الولد قبل القبض يخيّر المشتري، إن شاء أخذ الجارية، والزيادة القصدية بألف، وإن شاء ترك، لأن الولد لما هلك قبل القبض، صار كأن لم يكن، وتبيّن أن الوالدة هلكت بألف، فبقيت الزيادة القصدية زيادةً على الجارية الحية، لا غير، فيأخذهما بألف، ويخيّر المشتري لتفرّق الصفقة بهلاك الجارية قبل التمام.

ولو ماتت الجارية الأخرى، والولد حيّ، وقيمته ألف، أخذ الولد والزيادة القصدية بتسعمائة.

ووجه ذلك أن يقسّم الثمن أوّلا على الجاريتين نصفين، لاستواء قيمتهما، فإذا ولدت إحداهما ولَدا قيمته ألف يوم القبض، انقسم ما في الوالدة من الثمن، وهو ألف، عليها وعلى الولد نصفين، فإذا هلكت الأم هلكت بخمسمائة، وبقي الولد والجارية الأخرى بألف وخمسمائة.

فإذا زاد في البيع دابة تساوي ألفا، انقسمت الزيادة [ألفا][1] على الولد والجارية

(١) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

الأخرى أثلاثا على قدر ما فيهما من الثمن، فصار ثلث الزيادة زيادةً على الولد، وثلثاها زيادةً على الجارية.

ثم يُقسّم ما في الولد، وهو خمسمائة، عليه وعلى ثلث الزيادة، على قدر قيمتها أرباعا، فانتقل من الولد إلى ثلث الزيادة رُبع الخمسمائة، وهو مائة وخمسة وعشرون، وبقي في الولد ثلاثمائة وخمسة وسبعون.

ويقسّم ما في الجارية الأخرى، وهو ألف، عليها وعلى ثلثي الزيادة، على قدر قيمتها أخماسا، فانتقل إلى الزيادة خمسا الألف، وهو أربعمائة، وبقي في الجارية ستمائة.

فإذا هلكت الجارية، سقط بهلاكها ستمائة، وبقي في الولد والزيادة القصدية تسعمائة، يأخذ هما بذلك إن شاء.

وإن هلكت الزيادة القصدية، وبقي الولد مع الجارية الأخرى، يأخذهما بتسعمائة وخمسة وسبعين إن شاء، لأن في الولد ثلاثمائة وخمسة وسبعين، وفي الجارية ستمائة، فيأخذهما بذلك إن شاء، ولو كان مكان الولد عبد، ودفع بعينها، فحكمه حكم الولد، لما قلنا. والله أعلم بالصواب.

شرح الزيادات

للإمام محمد بن الحسن الشيباني ١٣٢هـ - ١٨٩هـ

تأليف

الإمام الفقيه فخر الدين حسن بن منصور بن محمود الأوزجندي الفرغاني

المعروف بقاضي خان المتوفى ٥٩٢هـ

تحقيق وتعليق

فضيلة الأستاذ الدكتور قاسم أشرف نور أحمد

المجلد الثالث

بقية أبواب البيوع - الشفعة - الرهن

دار إحياء التراث العربي

بيروت - لبنان

باب ما يكره من التفريق بين الرَّقيقين في البيع

بني الباب على أن التفريق بين ذوي الرحم المحرَم، إذا كانا صغيرين، أو أحدهما صغيرا مكروه[1]، لما روي أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم رأى امرأةً والهةً[2] في المغنم، فسأل عن شأنها، فقيل: بيع ولدها، فقال عليه السلام: «ردّوه»، وفي رواية «أدركوه»[3].

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» ٥/ ٢٢٨، «جامع أحكام الصغار» ٢/ ٢٩٨، «الهداية» مع «فتح القدير» ٦/ ٤٣٩.

(٢) في "اللسان": امرأة وكهى، و واله و والهة، وميلاه، شديدة الحزن على ولدها. ١٥/ ٣٩٩ مادة: وله، وقال ابن الأثير: الولّه: ذهاب العقل والتحيّر من شدة الوَجْد، وكل أنثى فارقت ولدها فهي واله. «النهاية في غريب الحديث والأثر» ٥/ ٢٢٧.

(٣) لم أجده بهذا اللفظ، (رغم أنه ذكره الكاساني في البدائع بهذا اللفظ ٥/ ٢٢٨، والاستروشني في جامع أحكام الصغار ٢/ ٢٩٨) وإنما روى البيهقي في «المعرفة» في كتاب السير، عن الحاكم بسنده عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده، أن أبا أسد جاء إلى النبي ﷺ بسبي من البحرين، فنظر عليه السلام إلى امرأة منهن تبكي، فقال: ما شأنك؟ قالت: باع ابني، فقال عليه السلام لأبي أسد: أبعتَ ابنها؟ قال: نعم، قال: فيمن؟ قال: في بني عبس، فقال عليه السلام: اركب أنت بنفسك فأت به». «نصب الراية» ٤/ ٢٤.

كما أخرج البزار في مسنده عن صخيرة: أن رسول الله ﷺ مرّ بأمّ صخيرة وهي تبكي، فقال: مايبكيك، أجائعة أنت؟ أعارية أنت؟ قالت: يارسول الله فرّق بيني وبين ابني، فقال رسول الله ﷺ: لايفرّق بين والدة وولدها، ثم أرسل إلى التي عنده، فردّها على الذي اشتراها منه ثم ابتاعهم منه» وفي سنده حسين بن عبد الله بن صخيرة، وهو متروك.

وروي أن رسول اللّه صلّى الله وسلم وهب لعليّ رضى اللّه عنه غلامَين صغيرين أخوين، فباع علي رضى اللّه عنه أحدَهما، فأخبر بذلك رسول اللّه صلّى الله عليه وسلم، فقال عليه السلام: «أدرِك أدرِك»[1].

وقال عليه السلام: «مَن فرّقَ بين والدةٍ وولدِها، فرّق اللّه بينه وبين أحبّتِه يوم القيامة»[2].

---

(١) أخرجُ ابن ماجة عن الحجاج عن الحكم، عن ميمون بن أبي شبيب، عن علي عليه السلام، قال: وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين اخوين، فبعت أحدهما، فقال: "ما فعل الغلامان؟" قلت: بعت أحدهما. قال: "رده". أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب التجارات، باب النهي عن التفريق بين السبي. الحديث ٢٢٤٩.
وأخرجه الترمذى في كتاب البيوع، باب ما جاء فى كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها، الحديث رقم ١٢٨٤ وقال الترمذي: حديث حسن غريب.

(٢) أخرجه الترمذى عن أبى أيوب الأنصاري، في البيوع، باب ما جاء في كراهية أن يفرق بين الأخوين، الحديث: ١٢٨٣، وفي السير الحديث: ١٥٦٦، واللفظ عنده: "فرق الله بينه وبين أخيه يوم القيامة"، وأخرج الدارقطني في البيوع، عن سليم العذري قال: سألت رسول الله ﷺ عمن فرق بين الوالد والولد، فقال: «من فرق بينهم فرق الله بينه وبين الأحبّة يوم القيامة» سنن الدارقطني، ٢/ ٣١٧. وأخرجه الدارمى في سننه، الحديث: ٢٣٨٥، ورواه الحاكم في المستدرك ٢/ ٥٥، وقال: صحيح على شرط مسلم. كما أخرجه أحمد في مسنده، ٥/ ٤١٢ بقصة فيه: عن أبي عبد الرحمن الحبلى، قال: كنا في البحر، وعلينا عبد الله بن قيس الفزاري، ومعنا أبو أيوب الأنصاري، فمرّ بصاحب المقاسم، وقد أقام السبي، فإذا امرأة تبكي فقال: ما شأن هذه؟ قالوا: فرّقوا بينها وبين ولدها، فانطلق أبو أيوب، فأتى بولدها حتى وضعه في يدها، فأرسل إليه عبد الله بن قيس، ما حملك على ما صنعت؟ قال: فإني سمعتُ رسول الله ﷺ يقول: من فرق، الحديث.

ولأن كلّ واحد منهما ينتفع بالآخر من حيث التربية ودفع الوحشة، فإذا فرّق بينهما، وقلب الصغير ضعيف، وطبعه لطيف، لايحتمل ذلك، ربما يموت، وكذا إذا كان أحدهما صغيرا.

ولا يكره التفريق بين الكبيرين[1]، لأن التزاور يتأتّى بعد البلوغ، فلا يؤدّي إلى ما قلنا[2].

ولايكره التفريق بين الزوجين[3]، وإن كانا صغيرين، لأن النصّ ورد في القريبين، ولأن بين الزوجين أنس شهوة، وذاك يحدث بعد البلوغ، فالتفريق بعد البلوغ لايكون ضررا.

ولايكره التفريق في الرحم وحده، ولافي المحرم وحده، ولافي الرحم إذا كان محرَما لا بالرحم[4].

وللحديث شواهد، منها ما رواه الحاكم في المستدرك عن عمران بن حصين قال: قال رسول الله ﷺ: «ملعون من فرّق بين والدة وولدها» وقال: إسناده صحيح، كتاب البيوع، باب من فرق بين والدة وولدها، ٢/ ٥٥. وما رواه البيهقي في قصة بين أبي بكر وعمر، قال رسول الله ﷺ: «لاتولّه والدة عن ولدها» ٨/ ٥، و«نصب الراية» ٣/ ٢٦٦.

(١) انظر "الهداية" ٣/ ٦٨، وفتح القدير مع العناية ٥/ ٢٤٥.

(٢) انظر «شرح السير الكبير» للسرخسي، ٥/ ٢٠٧١.

(٣) راجع الهداية مع فتح القدير ٥/ ٢٤٢.

(٤) لأن هذه القرابة لاعبرة بها في الأحكام، بدليل جواز الجمع بينهما في النكاح، وجواز المناكحة بينهما لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى، ووجوب القطع على كل واحد منهما بسرقة مال صاحبه تنزل منزلة الأجانب، ولا بأس بالتفريق بين الأجانب. «شرح السير الكبير» للسرخسي، ٥/ ٢٠٧٣.

ولو كان مع الصغير قريبان: أحدهما أقرب من الآخر، لابأسَ بأن يبيع الأبعد، ويمسك الأقرب مع الصغير، أو يبيع الأقرب مع الصغير، ويمسك الأبعد.

وإذا كانا في الدرجة على السواء، فإن كانا من جنسين مختلفين، كالأب والأمّ، والخالة والعمّة لايفرق، ولكن يبيع الكل، أو يمسك الكل.

وإن كانا من جنس واحد، كالأخوين والعمين والخالين، كان له أن يمسك مع الصغير أحدَهما، ويبيع الباقي استحسانا؛ لأن حق الصغير يصير مقضيا بأحدهما.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله:

لايفرّق في البيع بين ذوي الرحم المحرم إذا كانا صغيرين، أو أحدهما صغيرا، وقد ذكرنا[1].

وإذا وقع الرجلُ وامرأتُه وولدُها الصغير في سهم رجل، لايبيعهم إلامعًا، لأن شفقتهما مختلفة، فلايستغني الصغير بأحدهما عن الآخر، وإن كان مع الصغير أمّ وعمّة، أو أخ أو خالة، لابأس بأن يمسك الأمّ مع الصغير، ويبيع الباقي.

وروى هشام عن محمد أنهم لايباعون إلا معًا، اعتبارا لاختلاف الجهة، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية، لأن شفقة الأم تغني عمن سواها، ولهذا كانت هي أحق بالحضانة من غيرها.

ولو كان مع الصغير عمّة وخالة، لم يباعوا إلامعا، لأن جهتهما مختلفة، ودرجتهما سواء.

وإن كان معه جدّة وعمة وخالة، لابأس ببيع العمة والخالة، لأن شفقة الجدّة توازي شفقة الأم، فكانت بمنزلة الأم.

---

(١) راجع "الهداية" ٣/٦٧، و"فتح القدير" ٥/٢٤١، و"العناية" ٥/٢٤١.

وإن كان معه أخوان كبيران أو إخوة [كبار][1]، في القياس، وهو رواية "الأمالي"[2] لم يباعوا إلا معًا، اعتبارا بالعمة والخالة، لاحتمال أن يكون البعض أشفق، وكذا لو كان له أبوان وأخ، لايباع الأخ في رواية "الأمالي"[3]، لما قلنا.

والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية، وهو جواب الاستحسان، لأن الشفقة أمر باطن، لايمكن الوقوف عليها، فيعتبر السبب، فلايعتبر الأبعَد مع الأقرب، وعند الاستواء في الدرجة، واتحاد الجهة أحدهما يغني عن الآخر.

وكذا لو ملك ستة إخوة: ثلاثة كبار، وثلاثة صغار، فباع مع كل صغير كبيرا[4]، جاز استحسانا.

ولو كان مع الصغير[5] أخوات: أخت لأب وأم، وأخت لأب، وأخت لأم، تباع الأخت لأب، والأخت لأم، وتمسك الأخرى مع الصغير، لأن حقه يتأدّى بالأقرب.

---

(١) مابين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٢) «الأمالي» تصنيف الإمام محمد الشيباني، أملاه على تلاميذه في بعض المجالس، في مختلف أبواب الفقه، رواه عنه تلميذه شعيب بن سليمان الكيساني، وعن شعيب رواه ابنه سليمان، ولذا يقال له «الكيسانيات» أيضا صرّح به ابن نديم في فهرسته ص ٢٥٤، وقد طبع جزء صغير من هذه الأمالي بحيدر أباد في الهند، نشرته دائرة المعارف العثمانية باهتمام جماعة من العلماء سنة ١٣٦٠هـ وهذا يشتمل على بعض فروع فقهية في الغصب والمرابحة والدعوى والبيوع والصرف والطلاق والكفالة والحوالة والشركة والدية والعبد المأذون له وعلى مسائل صغار مختلفة.

(٣) لم أجد المسألة في القدر المطبوع من «الأمالي».

(٤) وفي (ا) و (ب): "فباع مع كل كبير صغيرا".

(٥) "الصغير" ساقط من (ج) و (د).

وإن كان مع الصغير[1] أبوان، ادّعاه رجلان، ثم ملكوا جملة، القياس أن يباع أحدهما، لأن جهتهما واحدة، وفي الاستحسان لايباع، لأن الأب في الحقيقة أحدهما، فلو بيع أحدهما ربما يباع الأب، فيؤدي إلى التفريق بينه وبين الأب، فحرم احتياطا.

امرأة من السبي، معها صبية، فقالت: هي ولدي، ولايعرف ذلك إلا بقولها، لايقبل قولها، لأنها تحمل النسب على الغير، وقد قال عمر رضي الله عنه: «لايورث الحمل إلا ببينة»[2]، ولكن يكره التفريق بينهما بالبيع، لأن السنة وردت في السبايا، وليس فيه ذكر البينة، ولأن قول الواحد مقبول في الديانات، خصوصا فيما يبني على الاحتياط.

والأصل فيه ما روي أن رجلا جاء إلى النبى عليه السلام، وأخبره أن سائلة جاءت إلى الباب، وقالت: أطعموني فإنى أرضعتكم[3] فقال عليه السلام: طلّقها، فقال: يا رسول الله! إنها سَوداء، فقال عليه السلام: كيف؟ وقد قيل[4].

---

(١) "الصغير" ساقط من (ج) و (د).

(٢) أخرجه الدارمي فقال: أخبرنا يزيد بن هارون، ثنا الأشعث، عن الشعبي، قال كتب عمر ابن الخطاب إلى شريح: «أن لايورث الحميل إلاببينة، وإن جاءت به في خرقها»، سنن الدارمي، ٢/ ٣٨٧. وأخرجه عبد الرزاق عن الثوري، عن جابر عن الشعبي، عن شريح «أن عمر بن الخطاب كتب إليه ألا يورث الحميل إلا ببينة». مصنف عبد الرزاق، الحديث: ١٩١٧٣، ١٠/ ٢٩٩.
وكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه متشدّدا ومحتاطا في أمر النسب، وكان يحرص على أن يلحق الأبناء بآبائهم. انظر «شرح معاني الآثار» ٤/ ١٦٤، «موطأ الإمام مالك» ٢/ ٢١٥.

(٣) وفى نسخة: أرضعتكما.

(٤) لم أعثر بهذا اللفظ، وإنما أخرج أبو داود فى كتاب القضاء، باب الشهادة على الرضاع، عن عقبة بن الحارث أنه قال: «تزوّجتُ أمّ يحيى بنت أبى إهاب، فدخلت علينا امرأةٌ سوداءُ، فزعمت أنها أرضعَتْنا جميعًا، فأتيتُ النبيَّ ﷺ فذكرت ذلك له، فأعرض عنّى، فقلت: يا رسول الله! إنّها لكاذبة، قال: وما يدريك؟ وقد قالت ما قالت، دعها عنك» الحديث ٣٦٠٣، وأخرجه النسائى

ولو لم يعلم من هذه المرأة إرضاع الصغيرة، وقد وطئ الكبيرة، فلما كبرت الصغيرة، وأرادت الرجل، قالت: هي بنتي، كره وطئها احتياطا، ولايحرم في الحكم، لأن ملك المتعة لايزول بقول الواحد.

ثم في الموضع الذى يكره التفريق بينهما بالبيع، إذا باع، جاز البيع[1] عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف لايجوز في الوالدين، والمولودين خاصة، لزيادة الحق[2].

وفي رواية أبطل البيع في الكل، لأمر النبي عليه السلام بالردّ، والردّ إنما يجب في البيع الفاسد.

وجه ظاهر الرواية أنه نهى عن البيع لغيره، لا لعينه، فلا يوجب الفساد، كالنهي عن البيع وقت النداء، وعلى سَوم أخيه المسلم[3].

ـ والله أعلم ـ

فى النكاح، باب الشهادة فى الرضاع، بلفظ: عن عقبة قال: «تزوجتُ امرأةً، فجاءتنا امرأة سوداء، فقالت: إني قد أرضعتكما، فأتيتُ النبي ﷺ فأخبرته فقلت: إني تزوجت فلانةَ بنتَ فلان، فجاءتني امرأة سوداء فقالت إني قد أرضعتكما، فأعرض عني فأتيتُه من قِبل وجهه فقلت: إنها كاذبة، قال: وكيف بها وقد زعمت أنها قد أرضعتكما، دعها عنك» الحديث: ٣٣٣٠، وأخرجه البخارى في العلم، الحديث: ٨٨، وفي البيوع، الحديث: ٢٠٥٢، وفى الشهادات: الحديث: ٢٦٤٠ و٢٦٥٩ و٢٦٦٠، وفي النكاح، الحديث: ٥١٠٤، وأخرجه الترمذى فى الرضاع، باب شهادة المرأة الواحدة فى الرضاع، الحديث: ١١٥١.

(١) "البيع" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «الهداية» للمرغيناني، مع «فتح القدير» ٦/ ٤٤٤.

(٣) المصدر السابق.

باب من البيع الذى يرجع فيه إلى صاحبه ما اشترى والثمن ويكون فيه بالخيار

بنى الباب على أصول ثلاثة:

منها: أن البينة حجّة يجب العمل بها ما أمكن[1].

وإذا تعارضتا، وترجّحت إحداهما، يقضى لصاحبها.

وإن لم تَترجّح، فإن كان المشهود به شيئا يقبل الشركة، يقضى لكل واحد منهما بالنصف المشهود به[2].

وإن كان لايقبل الشركة، يقضى لكل واحد منهما بكله إذا أمكن إثبات المزاحمة في حكمه، وإن تعذّر لايقضى بشيء[3].

---

(١) ذكر السرخسي هذه القاعدة في عدة مواضع من المبسوط، فقال: «البينات حجج فيجب العمل بها بحسب الإمكان». المبسوط ٨/ ١٠٢ كتاب الولاء، ١٢/ ١٥٥، ١٦/ ١٦٢ وقال في موضع آخر: "إن البينات حجج، فمهما أمكن العمل بالبينتين لا يجوز إبطال شيء منهما كالحجج الشرعية". «المبسوط» ١٧/ ٦٠.

وفصّلها الحَصيري بأن البينة حجة شرعية، يجب العمل بها بحسب الإمكان، ما لم يتضمن العمل بها إبطالَ بينة اتصل بها القضاء، لأنها ترجّحت باتصال القضاء بها. انظر «التحرير في شرح الجامع الكبير» ورق ٢/ ٤٣٨.

(٢) وفي (ا) و(ب) و(ج) و(د): "بنصفه".

(٣) أجاد الإمام الكاسانى رحمه الله في تفصيل أوجه الترجيح بين البينات عند التعارض فقال: الأصل

مثال الأول: إذا ادّعيا عَينا في يد ثالث، ومثال الثاني: إذا ادعيا نسب ولد، ومثال الثالث: إذا ادّعيا نكاح امرأة،[وهي حيّة][1].

ومنها: أن سلامة الثمن للبائع حكم بسلامة المبيع للمشترى، لأن البيع عقد معاوضة، فيقتضي سلامة بإزاء سلامة، وتسليما بإزاء تسليم.

فإن استحق[2] المبيع رجع بجميع الثمن، وإن استحق بعضه رجع بحصته[3].

فإن كان ذلك قبل القبض، كان له الخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته، وإن شاء ترك،

أن البيّنتين إذا تعارضتا فى أصل الملك من حيث الظاهر، فإن أمكن ترجيح إحداهما على الأخرى يعمل بالراجح، لأن البينة حجة من حجج الشرع، والراجح ملحق بالمتيقن فى أحكام الشرع، وإن تعذر الترجيح، فإن أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه، وجب العمل به، وإن تعذر العمل بهما من كل وجه، وأمكن العمل بهما من وجه وجب العمل بهما، لأن العمل بالدليلين واجب بقدر الإمكان، وإن تعذر العمل بهما أصلا، سقط اعتبارهما، والتحقا بالعدم إذ لاحجة مع المعارضة، كما لاحجة مع المناقضة. «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٣٢.

(١) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د)، وسقطت من الأصل ومن (ا) و (ب).

(٢) الاستحقاق لغةً: إما ثبوت الحق ووجوبه، ومنه قوله تعالى: ﴿فإن عثر على أنهما استحقا إثمًا﴾ المائدة: الآية ١٠٧ـ أي وجبت عليهما عقوبة، وإمّا بمعنى طلب الحق، واصطلاحًا عرفه العلامة ابن عابدين: بأنه ظهور كون الشيء حقًا واجبًا للغير.

(٣) فى الفتاوى الهندية: إذا كان المشترى شيئًا واحدًا كالثوب الواحد والعبد فاستحق بعضه قبل القبض أو بعده، فللمشترى الخيار فى الباقى، إن شاء أخذه بالحصة، وإن شاء ترك، وإن كان المشترى شيئين كالثوبين والعبدين فلم يقبضهما حتى استحق أحدهما أو قبض أحدهما ثم استحق الآخر، فللمشترى الخيار فى الآخر، وإن استحق بعد القبض، فلا خيار له فى الآخر، وإن تفرقت الصفقة عليه. ٣/ ١٦٦.

وإن كان بعد القبض، فإن كان الاستحقاق يورث عيبا[1] في الباقي فكذلك، وإن كان لايورث لزمه الباقي بحصته، ولايُخيّر.

ومنها: أن المبيع إذا وصل إلى المشتري بجهة ما، يجعل قابضا بحكم البيع، لأن القبض بجهة البيع[2] مستحق له، وبجهة أخرى غير مستحق، فيجعل قابضًا بحكم الاستحقاق، كردّ المغصوب والودائع[3].

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله:

رجل في يده دار وعبد، فادّعى رجلان، كل واحد منهما[4] أنه اشترى الدار من الذي في يده بذلك العبد، وأقاما البينة، فهو على وجهين: إما إن كان العبد في يد المدعى عليه، أو كان في أيديهما.

وكل ذلك على وجوه: إما إن كانت الدار في يد المدعى عليه، أو في أيديهما، أو في يد أحدهما، وأرّخا، أو لم يؤرّخا، او أرّخ أحدهما، وادّعيا الشراء والقبض، أو لم يذكر قبض الدار[5].

فإن كان العبد والدار في يد المدّعى عليه، وأقاما البينة علي الشراء، أو على الشراء

---

(١) قال الإمام الكاساني فى البدائع: تفسير العيب الذى يوجب الخيار وتفصيل المفسر، فكل ما يوجب نقصان الثمن فى عادة التجار نقصانًا فاحشًا أو يسيرًا فهو عيب يوجب الخيار، وما لا فلا. بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٤

(٢) في (ا) و (ب): "بحكم البيع".

(٣) الودائع جمع وديعة: فعيلة من الودع، وهو الترك، والإيداع والاستيداع بمعنى، ويقال: أودعه أى قبل وديعته. والوديعة: المال المتروك عند إنسان يحفظه. «طلبة الطلبة» ص ٢٠٢.

(٤) زاد في (ا) و (ب): "ادعى أنه".

(٥) في (ج) و (د): "لم يذكر القبض".

وقبض الدار[١]، فإنه يقضى بالدار بينهما[٢]، وبالعبد بينهما، لأن كل واحد منهما أثبت شراءَ كل الدار بالعبد، والدار مما يقبل الشركة[٣]، فيقضى بينهما لاستواءهما في الحجة، ويخيّر كل واحد منهما، لأن كل واحد منهما اشترى كل الدار، ولم يسلم له إلا النصف، والشركة في الدار عيب، فيخير[٤].

فإن اختار الأخذ، أخذ الدار بينهما، والعبد بينهما، لأن كل واحد منهما أثبت شراء كل الدار بالعبد، والعبد في يده، فصار كل واحد منهما مسلّما كل العبد إليه بدلا عن الدار، فإذا استحق عليه نصف الدار، يرجع بنصف البدل، فتكون الدار بينهما، والعبد بينهما[٥].

---

(١) وفي (ا) و (ب) و(ج) و (د): "لم يذكر القبض".

(٢) قال الإمام الكاسانى رحمه الله: وإن كان السبب هو الشراء فنقول: لا تخلو إما أن تكون الدار فى يد ثالث، وإما أن تكون فى يد أحدهما، وكل ذلك لا يخلو إما أن ادعيا الشراء من واحد وإما أن ادعياه من اثنين، فإن كانت فى يد ثالث وادعيا الشراء من واحد، فإن كان صاحب اليد وأقاما البينة على الشراء منه بثمن معلوم ونقد الثمن مطلقًا عن التاريخ وذكر القبض، يقضى بينهما نصفين عندنا. انظر بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٧.

(٣) الشركة لغةً: اختلاط شيء بشيء، وفى الشريعة: عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدًا بحيث لا يفرق أحد النصيبين عن الآخر. أنيس الفقهاء: ص ١٩٣.

(٤) انظر المبسوط للسرخسى ١٧/ ٥٨ بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٧ والدر المختار ٥/ ٥٧٣.

وجاء فى الفتاوى الهندية: رجل فى يديه دار وعبد أقام رجلان كل واحد منهما البينة أنه اشترى منه الدار بالعبد الذى فى يديه وصاحب اليد ينكر دعواهما، فإن القاضى يقضى بالدار بينهما ويقضى بالعبد بينهما، ولهما الخيار اهـ. ٤/ ٧٤، وكذا فى فتاوى قاضى خان على هامش الفتاوى الهندية ٢/ ٤٠١.

(٥) انظر: المبسوط للسرخسى ١٧/ ٥٨، وبدائع الصنائع ٦/ ٢٣٧ والدر المختار ٥/ ٥٧٢، والمسألة

وإن فسخا البيع، أخذ العبد بينهما، وقيمة العبد بينهما، لأنه قبض العبد عن كل واحد منهما، بدلا عن الدار، فإذا فسخا البيع، كان عليه ردّ العبد على كل واحد منهما، وقد عجز عن ردّ النصف، فصار ضامنا لكل واحد منهما نصف القيمة[1].

ولأنهما لما أقاما البينة على شراء الدار بالعبد، ثبت إقراره لكل واحد منهما بملك العبد، لأن الإقدام على الشراء إقرار بملك البائع[2]، وقد وصل إليه بحكم العقد، فإذا انفسخ البيع، كان[3] عليه ردّه، وقد عجز عن رد النصف، فيضمن القيمة.

كرجلين أقام كل واحد منهما البينة على رجل، أنه أقرّ بغصب العبد الذي في يده من المدعى، فإنه يردّ العبد عليهما[4]، ويغرم[5] لكل واحد منها نصف القيمة، كذلك هنا.

وكذا لو كانت الدار في يد المدّعيين، لأنه استحق على كل واحد منهما نصف المبيع، فيرجع بنصف البدل، ويخيّر، لأن الشركة في الدار عيب.

فإن اختار الأخذ كانت الدار بينهما، والعبد بينهما، وإن اختار الفسخ أخذ العبد

بعينها مذكورة فى الفتاوى الهندية ٤/ ٧٤.

(١) قال الإمام الكاسانى: وإن اختار الرد رجع كل واحد منهما بجميع الثمن، لأنه انفسخ البيع. انظر بدائع الصنائع، ٦/ ٢٣٧.

(٢) قال الحصكفى رحمه الله: "الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك له" «الدر المختار» ٥/ ٥٧٦.

(٣) وفي (ا) و (ب) و(ج) و (د): وجب.

(٤) في (ا) و(ج): "إليهما".

(٥) غرّمه وأغرمه: أوقعه فى الغرامة، والغُرم والغرامة أن يلتزم الإنسان ما ليس عليه. انظر «المغرب» للمطرزى ٢/ ١٠٢.

بينهما[١]، وقيمة العبد بينهما[٢]

وإن كانت الدار في يد أحدهما، فهي له، لأن تمكّنه عن القبض دليل على سَبق شراءه، فيقضى له[٣]، ولأن الشراء يتأكّد بالقبض، والقضاء بالمتأكّد أولى[٤]، والعبد للآخر، لأنه الأخر[٥] أثبت شراء الدار بالعبد، وقد صار العبد مسلّما إلى البائع، فإذا استحق المبيع، يرجع بالبدل.

فإن قال المدعى عليه للذي في يده الدار: " استحق عليّ بدل الدار ببينة صاحبك، فلي أن أرجع عليك بالدار"، لايلتفت إليه، لأن العبد استحقّ من يد البائع بما ليس بحجّة في حق صاحب اليد، فلايرجع، كما لو استحق عليه بإقراره[٦].

وهو نظير ما لو باع الكافر دارا من مسلم بعبدٍ، فاستحق عليه العبد بشهادة الكفار،

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية ٤/ ٧٥، و فتاوى قاضى خان ٢/ ٤٠١.

(٢) سقطت العبارة من قوله: "كانت الداربينهما" في (ا) و (ب)، وفيه "فإن اختار الأخذ أو الفسخ فهو على ما ذكرنا".

(٣) قال الإمام الكاسانى رحمه الله تعالى: فإن كانت فى يد أحدهما فإن ادعيا الشراء من واحد فصاحب اليد أولى سواء أرخ الآخر أو لم يؤرخ، وسواء ذكر شهود القبض أو لم يذكر لأن القبض من صاحب اليد أقوى لثبوته حسًا ومشاهدةً. بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٨، وانظر المبسوط ١٧/ ٥٨، والدر المختار ٥/ ٥٧٢، و الفتاوى الهندية ٤/ ٧٥، وفتاوى قاضى خان ٢/ ٤٠١.

(٤) انظر المبسوط للسرخسى ١٧/ ٥٨.

(٥) "الأخر" ساقط من (ا) و (ب) و(ج).

(٦) وفى فتاوى قاضى خان: وليس لبائع الدار أن يرجع على من أخذ الدار وإن استحق منه ثمن الدار وهو العبد لأن العبد أخذ من يده بينة لم تظهر فى حق صاحبه. ٢/ ٤٠١، وانظر الفتاوى الهندية ٤/ ٧٥.

فإنه لايرجع على المسلم بشيء.

وإن كانت الدار في يد المدعى عليه، والعبد في يده، فأرّخا، وتاريخ أحدهما أسبق[1]، يقضى بالدار له، وبالعبد للآخر[2].

وكذا لو كانت الدار في أيديهما، أو في يد أحدهما، لأن سَبق شراءه يبطل بيع[3] الآخر، ويبطل القبض أيضًا[4].

فرّق بين هذا، وبين ما لو ادعيا الشراء من رجلين، فوقّتا، ووقت أحدهما أسبق، فإنه يقضى بينهما[5]، لأن في البائعين تقدّم بيعِ أحدهما لايُبطل بيع الآخر[6]، ويكون

---

(١) من القاعدة الأصولية العامة أنه إذا تعذّر الجمع بين الدليلين المتعارضين، فالسبيل الرجوع إلى طلب التاريخ، فإن علم التاريخ، وجب العمل بالمتأخر لكونه ناسخا للمتقدم، وإن لم يعلم سقط حكم الدليلين، لتعذر العمل بهما، لأن العمل بأحدهما ليس بأولى من العمل بالآخر، والترجيح لايمكن بدون مرجِح. راجع «كشف الأسرار» شرح أصول البزدوي، ٣/ ٧٨.

(٢) قال الإمام الكاساني: إلا أن تشهد بينة التاريخ أن شراءه قبل شراء الآخر فيقضى له ويرجع الآخر بالثمن على البائع. بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٨.

وقال شمس الأئمة السرخسي: ولو وقتت كل واحدة من البينتين وقتا، قضيت بها لصاحب الوقت الأول، لأنه أثبت شراءه فى وقت لا ينازعه الآخر فيه فاستحقهما من ذلك الوقت فيتبين أن الآخر اشتراها من غير المالك، فكان شراءه باطلا. انظر المبسوط ١٧/ ٥٧، و الفتاوى الهندية ٤/ ٧٥، وفتاوى قاضى خان ٢/ ٤٠١.

(٣) في (ا) و (ب) و(ج): "شراء الآخر".

(٤) كذا فى الفتاوى الهندية ٤/ ٧٥. وانظر بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٨.

(٥) قال الإمام الكاساني فى "بدائع الصنائع": فأما إذا ادعيا الشراء من اثنين... ولو وقتت البيّنات فإن كان وقتهما واحدًا وكذلك وإن كان أحدهما أسبق من الآخر فالأسبق تاريخًا أولى عند أبى

دعوى المشترِين كدعوى البائعين.

ولو حضر البائعان، وادعيا الملك، يقضى بينهما، أما في البائع الواحد، بيعه الأول يُبطل البيع الثاني، فيقضى بالأول.

وكذا لو أرّخا، وأحدهما أسبق، وصاحبه أقام البينة على الشراء والقبض، يقضى لأسبقهما تاريخا[1]، لما قلنا في القبض المعاين.

وإن أرّخ أحدهما، وأطلق الآخر، فإن كانت الدار في يد المدعى عليه، يقضى بالدار للذي أرّخ[2]، وبالعبد للآخر، لأن الشراء حادث، فيحال بحدوثه إلى أقرب

حنيفة وأبى يوسف، وكذا عند محمد فى رواية الأصول، بخلاف الميراث أنه يكون بينهما نصفان عنده... وعن محمد فى "الإملاء" أنه سوى بين الميراث والشراء وقال: لا عبرة بالتاريخ فى الشراء أيضًا إلا أن يؤرخا ملك البائعين. ٦/ ٢٣٨.

وقال ابن عابدين: وإن ادعيا الشراء كل واحد منهما من رجل آخر فأقام أحدهما بينة بأنه اشتراه من فلان وهو يملكها وأقام آخر البينة أنه اشتراه من فلان آخر وهو يملكها فإن القاضى يقضى به بينهما وإن وقتا فصاحب الوقت الأول أولى فى ظاهر الرواية وعن محمد أنه لا يعتبر التاريخ اهـ. ٥/ ٥٧٤، وانظر «المبسوط» ١٧/ ٥٨.

(٦) في (ا) و (ب): "شراء الأخر".

(١) قال الإمام الكاسانى رحمه الله تعالى: وكذا لو أرَّخا تاريخًا واحدًا ذكرت إحداهما القبض فبينة القبض أولى إلا إذا كان وقت الآخر أسبق. بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٨ . هكذا فى الفتاوى الهندية ٤/ ٧٥.

(٢) انظر بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٨ والمبسوط للسرخسى ١٧/ ٥٧ وفتح القدير ٧/ ٢٣٥ وفى الفتاوى الهندية: وإن أرخ أحدهما دون الآخر والدار فى يد المدعى عليه يقضى للمؤرخ بالدار وبالعبد للآخر ٤/ ٧٥، وكذا فى فتاوى قاضى خان ٢/ ٤٠١.

الأوقات، وهو ما قبل الدعوى، فكان شراء المؤرخ سابقًا.

فرق بين هذا وبين دعوى الملك، إذا ادّعيا ملكا، فأرّخ أحدهما، وأطلق الآخر، اختلفت الروايات فيه.

وفي ظاهر الرواية يقضى بينهما[1]، لأن ثمّة ملك المؤرخ لا يحتمل الملك من الأصل، وملك المطلق يحتمل الملك من الأصل، ويحتمل التأخير عن ملك صاحبه، فيجعل مساويًا له.

أمّا في دعوى الشراء الملك المطلق، لايحتمل الملك من الأصل، فيقضى للمؤرخ، ويقضى بالعبد للآخر، لأنه أثبت شراء الدار بالعبد، وقد استحق عليه الدار، فيرجع بالبدل.

ولاخيار لواحد منهما، لأن موجَب العقد سلّم لأحدهما، وموجَب الفسخ للآخر.

فإن كانت الدار في[يد][2] الذي لاتاريخ له، كان هو أولى بالدار[3]، لأن شراءه

---

(١) قال الإمام الكاسانى رحمه الله تعالى: وإن أرخت إحداهما وأطلقت الأخرى من غير سبب، يقضى بينهما نصفين عند أبى خنيفة، ولا عبرة للتاريخ، وعند أبى يوسف يقضى لصاحب الوقت، وعند محمد يقضى لصاحب الإطلاق. بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٦.

وفى الفتاوى الهندية: إذا ادعيا ملكًا مطلقًا وكان فى يدى ثالث... وإن أرخ أحدهما وأطلق الآخر فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى يقضى بينهما وهو الصحيح، واختلف الروايات عن صاحبيه ـ الفتاوى الهندية ٤/ ٧٣.

(٢) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) وفى البدائع: فإن كانت فى يد أحدهما فإن ادعيا الشراء من واحد فصاحب اليد أولى سواء أرخ الآخر أو لم يؤرخ وسواء ذكر شهود القبض أو لم يذكر لأن القبض من صاحب اليد أقوى لثبوته حسًا ومشاهدةً وقبض الآخر لم يثبت إلا ببينة تحتمل الصدق والكذب فكان القبض المحسوس

تأكّد بالقبض، وشراء الآخر لم يتأكّد، ولأن تمكّنه من القبض دليل على سَبق شراءه، وذكر التاريخ من الآخر، وإن كان يدل على سبق شراءه أيضًا إلا أن دليل ذي اليد معايَن، وهو القبض، ودليل الآخر، وهو التاريخ مخبر به، وليس الخبر كالعَيان.

ولو استوَى الدليلان، لايجوز نقض القبض بالشك، فكيف إذا ترجّح؟ وكذا لو كان لغير المؤرخ قبض مشهود به كان هو أولى[1]، لأنهم شهدوا بشراء متأكّد.

وإن كان لأحدهما قبض مشهود به، وللآخر قبض معايَن فالقبض المعايَن أولى، لرجحان العَيان على الخبر[2].

ولو كانت الدار في يد البائع، وأرّخ أحدهما، وأطلق الآخر، إلا أن المطلق أقام البينة على إقرار البائع بقبض الدار، كانت الدار للمؤرخ، والعبد للآخر، لأن الإقرار بالقبض ليس بقبض، ولايقبل قول البائع[3]، كما لو أقرّ لأحدهما أنّ بيعة كان أسبق،

أولى. «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٣٨، والمبسوط للسرخسي ١٧/ ٦٢.

وفى الفتاوى الهندية: وإن كانت الدار فى يد الذى لم يؤرخ شهوده فهو أولى بحكم القبض المعاين. (٤/ ٧٥، وكذا فى «فتاوى قاضى خان» ٢/ ٤٠١.

(١) أشار إليه الإمام قاضى خان فى فتاواه بقوله: "وكذا لو كان لغير المؤرخ قبضٌ مشهود به، فهو أولى". ٢/ ٤٠١.

(٢) فى البدائع: لأن القبض من صاحب اليد أقوى لثبوته حسًا ومشاهدةً، وقبض الآخر لم يثبت إلا ببينة تحتمل الصدق والكذب، فكان القبض المحسوس أولى. فصار الحاصل أن القبض الثابت بالحس أولى من الثابت بالخبر ومن التاريخ أيضًا، والقبض الثابت بالخبر أولى من التاريخ. ٦/ ٢٣٨، وفى المبسوط للسرخسى: والوقت فى حق الآخر مخبر به وليس الخبر كالمعاينة. ١٧/ ٦٢.، وكذا في الفتاوى الهندية ٤/ ٧٥.

(٣) قال ابن نجيم رحمه الله: ظاهر إطلاقه أنه لا اعتبار بتصديق ذى اليد أحدهما، وفي «العمادية»:

لايقبل قوله.

وهذا بخلاف ما لو ادعيا نكاح امرأة، وأقاما البينة، فإنه يرجع الى المرأة[1]، فإن أقرّت لأحدهما أن عقدَه كان أول، قُبِل قولها[2].

والفرق أن في فصل[3] النكاح لم يستحق أحدهما شيئا ببيّنته، فيقبل قولها في ذلك، أما في فصل[4] الشراء لمّا أقاما البينة، فقد استحق كل واحد منهما نصف الدار،

وإقرار صاحب اليد لأحدهما لا يعتبر، وفى الفتاوى الهندية: إن شهود الذى لم يؤرخ على إقرار البائع بالشراء والقبض قضى لصاحب التاريخ. «البحر الرائق» ٤/ ٧٥.

(١) وفي النسخ الأخرى: "إليها".

(٢) فصّل ابن الهمام رحمه الله في ذلك نقلا عن "المبسوط": لو تنازع رجلان فى امرأة، كل واحد منهما يدعى أنها امرأته ويقيم البينة، فإن كانت فى بيت أحدهما أو كان دخل بها فهى امرأته، لأن البينتين إذا تعارضتا على العقد ترجح إحداهما بالقبض، وهذا لأن تمكنه من الدخول بها أو من نقلها إلى بيته دليل سبق عقده، ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ إلا أن يقيم البينة أنه تزوجها قبلها فحينئذ سقط اعتبار الدليل فى مقابلة التصريح بالسبق، وإن لم تكن فى يد أحدهما فأيهما أقام البينة أنه أول فهو أحق بها، لأن شهوده شهدوا بسبق التاريخ فى عقده، والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة أو بإقرار الخصم، وإن لم يكن لهما على ذلك بينة، فأيهما أقرت المرأة أنه تزوجها قبله أو أنه تزوجها دون الآخر فهي امرأته، إما لأن بينته تترجح بإقرارها له، أو لأن البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقى تصادق أحد الزوجين مع المرأة على النكاح، فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما. انظر «فتح القدير» و"النهاية" ٧/ ٢٣٢، و«الهداية» ٣/ ٢١٨، و«خلاصة الفتاوى» ٣/ ١١٠ و«الفتاوى الهندية» ٤/ ٧٨.

(٣) "فصل" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) "فصل" ساقط من (ج) و (د).

فلايتغير ذلك بإقرار البائع.

فإن كانت الدار في أيديهما، فأرّخ أحدهما، وأطلق الآخر، يقضى بالدار بينهما، والعبد بينهما[١]، لأن المؤرخ له فيما في يده تأريخ وقبض معاين، وليس للآخر في ذلك شيء، فصار هو أولى بما في يده، ولصاحبه فيما في يده قبض معاين، وليس للآخر فيه إلا التاريخ، فكان صاحب القبض أولى، فيقضى بالدار بينهما، وبالعبد بينهما، لما قلنا[٢].

ويخيّران، لأن كلّ واحد منهما أثبت شراء جميع الدار بالعبد، ولم يسلّم له إلا نصف الدار، والشركة في الدار عيب، فيخيران[٣]، وتاريخ القبض في هذا بمنزلة تاريخ الشراء، لأن سَبق القبض يدل على سبق شراءه.

وإن أقاما البينة على قبض الدار، إلا أن أحدهما أرّخ لقبضه، والآخر لم يؤرّخ، والدار في يد البائع، يقضى بالدار للذي أرخ لقبضه[٤]، كما [لو][٥] أرخ أحدهما الشراء، وأطلق الآخر.

والحاصل: أن أصل التاريخ يرجّح الشراء لكنه يسقط بالقبض، وسبق التاريخ أحقّ من القبض، والقبض المعايَن أولى من القبض المشهود به، وإن كان المشهود به مؤرخا، وإن

---

(١) فى الفتاوى الهندية: ولو كانت الدار فى أيديهما فأرخ أحدهما وأطلق الآخر قضى بالدار والعبد بينهما. ٤/ ٧٥.

(٢) "لما قلنا" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) كذا في (ا) و (ب)" وفي (ج) و (د): "فيخير" وما ثبت أصح.

(٤) فى الفتاوى الهندية: وإن أرخ أحدهما فى القبض دون الآخر والدار فى يد البدائع قضى لصاحب التاريخ. ٤/ ٧٥.

(٥) زيادة من (ج) و (د).

كانا[1] مؤرّخين، فأسبقهما أولى وأحق[2][3].

هذا إذا كان العبد في يد المدعى عليه، فإن كان في يد المدعيين، فإن كانت الدار في يد المدعى عليه، وأقام كل واحد منهما البينة على شراء الدار، كانت الدار بينهما، والعبد بينهما، ولهما الخيار[4]، لما قلنا في المسألة الأولى[5].

فإن اختارا إمضاء العقد، كانت الدار بينهما، والعبد بينهما[6]، أما الدار يقضى بينهما استحقاقا[7]، لاستواءهما[8] في [الاستحقاق][9] بالحجة، ويقضى بالعبد بينهما قضاءَ ترك، لاقضاءَ استحقاق.

وإن اختارا نقض العقد يقضى[10] بالعبد بينهما نصفين[11]، ولايغرم البائع شيئا من

(١) في (ج) و (د): "كان" وهو خطاء.

(٢) "و أحق" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) انظر بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٨.

(٤) قوله: "لهما الخيار" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) فى الفتاوى الهندية: فأما إذا كان العبد فى يد المدعيين والدار فى يد المدعى عليه والباقى بحاله فالدار والعبد بينهما ويخيران. ٤/ ٧٥.

(٦) انظر الفتاوى الهندية ٤/ ٧٥.

(٧) "استحقاقا" ساقط من (ج).

(٨) العبارة في (ا) و (ب): "أما الدار لا ستواء هما في الاستحقاق بالحجة".

(٩) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(١٠) "يقضى" ساقط من (ا) و (ب).

(١١) "نصفين" ساقط من النسخ الأخرى.

قيمة العبد لهما[1]، بخلاف الفصل الأول، لأن في الفصل الأول العبد كان مسلّما إلى البائع، فإذا انفسخ البيع، ويجب عليه رد كل العبد إلى كل واحد منهما، وقد عجز عن ردّ النصف، فيغرم لكل واحد نصف القيمة[2]، أما هنا[3]: العبد ما كان مسلما إلى البائع، فلايلزمه تسليم العبد عند انفساخ البيع، فلايغرم القيمة.

استشهد رحمه الله لبيان أن استحقاق المبيع يوجِب الرجوع بالبدل، فقال: دار في يد عمر، ويزعم أنها له، وزيد يدّعيها، فاشتراها عبد الله من زيد بعبد، وسلّم إليه العبد، وخاصم عمرا في تسليم الدار، فوهبها له، أو أخذها منه صُلحا[4]، أو بصدقة، أو إجارة، أو إعارة، أو وديعة، أو غصب، أو رهن، لا سبيل لعبد الله على العبد، لأن الدار وصلت إليه، فيجعل وصولا بجهة البيع.

فلو أن عمرا رجع في هبة الدار، أو استردّها في الغصب والإجارة والإعارة[5] والوديعة ونحو ذلك، رجع عبد الله على زيد بالعبد، لأنه استحق عليه المبيع بملك سابق على شراءه، وانتقض قبضه من الأصل، فيرجع بالثمن.

ولو كان مكان الدار جارية، فاشتراها عبد الله من زيد بعبد، ودفع العبد إليه،

---

(١) انظر الفتاوى الهندية ٤/ ٧٥.

(٢) في (ا) و (ب) بلفظ: "فيغرم القيمة".

(٣) في (ج) و (د): "أما العبد".

(٤) "الصلح" لغةً اسم بمعنى المصالحة التى هي المسالمة، وهي خلاف المخاصمة، وشرعًا: عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة بالتراضى، كذا فى "النهاية"، وفى الدر المختار: هو من الصلاح بمعنى استقامة الحال. «أنيس الفقهاء»: ٢٤٥.

(٥) قوله: "والإجارة والإعارة" ساقط من (ج) و (د).

وغصب الجارية من عمرو، فأبقت[1] منه، فضمنه عمرو قيمتها كان لعبد الله أن يرجع في العبد، لأن استحقاق القيمة بمنزلة استحقاق العين.

ولو استحقت الجارية، كان[2] له أن يرجع بالعبد، فكذلك إذا استحقت قيمتها، فإن رجع بالعبد، ثم عادت الجارية من الإباق، عادت على ملك عبد الله، لأنه ملكها بأداء الضمان، وسلم العبد له أيضًا، لأن الجارية سلمت له بأداء الضمان، لا بالبيع.

ثم عاد من مسألة الاستشهاد[3] إلى مسألة الدار، فقال: لو أن عبد الله اشترى الدار من زيد بعبد، وخاصم عمرا في تسليم الدار، فلم يظفر، فطلب من القاضي الفسخ، فنقض العقد بينه، وبين زيد، ثم إن عبد الله ظفر بالدار بوجه من الوجوه، سلمت له الدار، ويسلم له العبد أيضًا، ولا يردّ العبد على بائع الدار[4]، لأن القاضي فسخ بيع الدار بسبب يوجب الفسخ، وهو العجز عن التسليم، فنفَذ فسخُه، فلا يعود البيع، وإن زال العجز بعد ذلك في المستقبل، كما لو فسخ البيع بسبب العيب، ثم يزول العيب.[5]

فإن قال بائع الدار: رد عليّ الدار، لأنك قد أقررت بها لي حيث اشتريتَها مني، فهو على وجهين:

---

(١) أبق: العبد كسمع وضرب أبقًا وإباقًا ككتاب، ذهب بلا خوف ولا كدّ عمل، أو استخفى ثم ذهب، فهو آبق وأبوق. القاموس المحيط ٣/ ٢٠٤ دار إحياء التراث العربى.

(٢) في (ج) و (د): "لأن له".

(٣) "قوله" من مسألة الاستشهاد" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) نظيره ما جاء فى الفتاوى الهندية أن رجلا اشترى شيئًا فاستحق من يده، ورجع المشترى على البائع بالثمن، ثم وصل المبيع إلى المشترى بوجه من الوجوه، لا يؤمر بالتسليم إلى البائع. انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٦٨، و«فتاوى قاضى خان» ٢/ ٢٢٩.

(٥) في (ا) و (ج). "زال العيب".

إن أقرّ له بالملك صريحا، ثم اشتراها منه، يؤمر بردّ الدار على البائع[1]، لأنه لما أقر له بالملك، فقد أقر أنها في يده بغير حق، فيؤمر بالتسليم[2]، كما لو أقر لإنسان[3] بشيء لايملكه، ثم ملكه بوجه من الوجوه، يؤمر بالتسليم إلى المقرّ له.

وإن لم يقر به صريحا، لايؤمر بتسليم الدار إلى البائع، لم يجعل الشراء إقرارا بالملك في هذه الرواية، وفي «الجامع الكبير»[4] جعله إقرارا حتى جعل إقامة البينة على المساومة[5]، كإقامة البينة على الإقرار.

وجه رواية "الجامع" أن الإقدام على الشراء إقرار بصحته، وصحة [البيع][6] تتعلق بملك البائع، فكان إقرارا دلالة، ولو أقرّ به صريحا، يلزمه التسليم إلى البائع، فكذا إذا أقرّ

---

(١) في الفتاوى الهندية: ولو اشترى شيئا قد أقر أنه ملك البائع، ثم استحق عليه، ورجع على البائع بالثمن، ثم وصل إليه بوجه من الوجوه، فإنه يؤمر بتسليمه إلى البائع. ٢/ ١٦٨.

(٢) في (ا) و (ب): "بالتسليم إليه".

(٣) "الإنسان" ساقط من (ج) و (د).

(٤) كذا في الأصل و (ا) و (ب)، وجاء في (ج): "الجامع الصغير".
ولم أجد هذه المسألة صراحة في الجامع الكبير والصغير، بعد البحث في أبواب البيوع والإقرار.

(٥) البياعات أنواع أربعة:
المساومة: وهى التى لا يلتفت إلى الثمن الأول.
والوضيعة: وهى التى بنقصان من الثمن السابق.
والتولية: وهى التى بالثمن الأول.
والمرابحة: نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح. أنيس الفقهاء ص ٢١١.

(٦) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

ـه دلالة.[1]

ووجه ما ذكر هنا أنه ليس بإقرار نصا، وصحة البيع لاتتعلق بملك البائع، فإن البيع[2] يصح من الوكيل والوصيّ والقاضي وغير ذلك.

قالوا: الصحيح ما ذكر في "الجامع"، لأن البيع الصحيح على اعتبار الأصل، لايكون إلا من المالك، وإنما لايؤمر بتسليم الدار إلى البائع باتفاق الروايات[3]، لأن هذا إقرار في ضمن الشراء، فإذا بطل، بطل ما في ضمنه، بخلاف صريح الإقرار.

وكذا لو اشترى دارًا بألف، ونقد الألف، ثم استحقت الدار، ورجع بالألف، ثم ملك الدار بوجه من الوجوه، لايؤمر بتسليمها إلى البائع[4].

رجل اشترى دارا بعبد، ثم استحق نصف الدار، خيّر المشتري، إن شاء أخذ نصف الدار بنصف العبد، وإن شاء فسخ البيع[5]، لأن الشركة في الدار عيب[6]، ولاخيار لبائع الدار، وإن كانت الشركة في العبد عيبا، لأنه لما باع كل الدار[7]، وليس له إلا النصف، فقد رضي بالشركة في العبد، ودلس الأمر على صاحبه.

---

(١) من قوله: "ولو أقربه صريحا ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "البيع" ساقط من (ج) و (د).

(٣) يعني: على رواية «الزيادات» ورواية «الجامع الكبير».

(٤) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٦٨.

(٥) جاء في الفتاوى الهندية: إذا كان المشترَى شيئا واحدًا، كالثوب الواحد والعبد، فاستحق بعضه قبل القبض أو بعده، فللمشترى الخيار في الباقي، إن شاء أخذه بالحصة وإن شاء ترك. «الفتاوى الهندية»، ٣/ ١٦٦.

(٦) "عيب" ساقط من (ج) و (د): وثبت في (ا) و (ب).

(٧) زاد في (ا) و (ب): "كل الدار منه".

وبمثله لو استحق نصف العبد خيّر مشتري العبد، إن شاء رجع بنصف الدار، وإن شاء فسخ العقد، ولاخيار لبائع العبد، لما قلنا.

وإن استحق نصف الدار ونصف العبد، خيّر كل واحد منهما بعيب الشركة في البدلين[1]، وتدليس[2] كل واحد منهما على[3] صاحبه، كعبد بين رجلين، باع أحدهما نصيبه من شريكه بألف، وباع الآخر نصيبه من شريكه بمائة دينار، ثم وجَد فيه عيبا، كان لكل واحد منهما أن يردّ على شريكه ما اشترى لمكان التدليس، كذلك هنا.

فإن اختار الفسخ، أخذ بائع الدار نصف الدار، وبائع العبد نصف العبد، وهو ظاهر.

وإن اختار الأخذ، اختلف المشايخ فيه، والصحيح أن كل واحد منهما بالخيار، إن شاء أخذ نصف الدار بنصف العبد، وإن شاء ترك، لأن بائع الدار جمع بين ما يملك، وبين ما لايملك، فجاز بيعه فيما يملك، وبطل فيما لايملك، وكذلك بائع العبد.

فإن لم يختر أحدهما شيئا، حتى أجاز مستحق العبد بيع العبد، أو سلّم كل العبد لمشتريه بهبة، أو صدقة[4]، أو ميراث، أو نحوه، فلاخيار لمشتري العبد، لأنه سلم له المشتري، فبطل خياره وبقي الخيار للآخر.

---

(١) "في البدلين" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) التدليس: كتمان عيب السلعة عن المشترى، ومنه التدليس فى الإسناد. «القاموس المحيط» ٢/ ٣١٤.

(٣) "على" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) الصدقة: هي العطية التي بها تبتغى المثوبة من الله تعالى. «أنيس الفقهاء» ص ١٣٤.

مسألة ذكرها في «الأمالي» [1]: رجل في يده عبد، فقال له رجل: اشتريت منك هذا العبد بألف درهم منذ سنتين، وقال [2] رجل آخر: اشتريت منك بألف منذ سنة، فقال البائع: صدقتما، فهو لصاحب الوقت الأول، لأن المدعى عليه، لما قال "صدقتما" يجعل كأن الأمرين كانا، فكان البيع الأول أولى.

ـ والله أعلم بالصواب.

---

(١) للإمام محمد الشيباني، وقد سبق بينه.

و هذه المسألة لا توجد في القدر المطبوع من «الأمالي».

(٢) في (ا) و (ب): "قال له".

باب من البيع والشراء فيما إذا كان المبيع[1] معيبا فيزول عيبه قبل القبض أو بعده

بنى الباب على أصول :

منها : أن المبيع إذا سلّم للمشتري على الوصف الذي تناوله العقد، لزمه لمكان الرضى، وإن لم يسلّم كان له الخيار، إن شاء رضي به، وإن شاء ردّه على البائع على الوجه الذي خرج عن ملك البائع[2]، مراعاةً للجانبين.

ومنها : أنّ الزيادة الحادثة قبل القبض، لاقسط[3] لها من الثمن، لأنها تَبع لم يرد عليها العقد. وإذا صارت مقصودةً بالقبض أو بالتَناول، يأخذ قسطا من الثمن[4]، لورود ما له شَبه بالعقد عليه.

ومنها : أن زوال العيب قبل القبض أو بعده يُبطِل الردّ، لوصول حقه إليه بصفة السلامة[5].

---

(١) وجاء في (ج) و (د): "إذا كان للبيع معيبا" ، وماأثبت من النسخ الأخرى أصح .

(٢) في (ا) و (ب)(ج) : "عن ملكه" .

(٣) القِسط : بالكسر ، العدل والسويّة ، يستوى فيه الواحد والجمع ، والحصة ، والنصيب ، ومكيال يسع نصف صاع . القاموس المحيط ٢/ ٥٥٨ ، «المغرب» ٢/ ١٧٦ .

(٤) انظر « بدائع الصنائع» ٥/ ٢٥٦ .

(٥) ولذا يشترط للردّ بالعيب ثبوته عند المشتري بعد ما قبض المبيع ، ولايكتفي بالثبوت عند البائع لثبوت حق الرد في جميع العيوب ، صرّح به الكاساني مستندا إلى «الجامع الصغير» انظر «بدائع

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله:

رجل اشترى جارية بيضاء إحدى العينين، وهو يعلم بذلك، فلم يقبضها حتى انجلى البياض، ثم عاد بياضها كما كانت[1]، فلاخيار للمشتري[2].

وعن أبي يوسف أن له الخيار لوجهين[3]: أحدهما أن البياض الثاني غير الأول[4]، والمشتري[5] لم يرض بالثاني، ولأنه لما انجلى البياض تبيّن أنه كان غطاء، لأن البياض قلّ ما يزول، وتبيّن أن العقد تناول التسليم، فإذا تعيّب كان له الخيار.

وجه ظاهر الرواية: أن الثاني وإن كان غير الأول، إلاأنه لم يَفُتْ به شيءٌ التزم البائع تسليمه، ولم يرض به المشتري. وحدوث العيب في يد البائع إنما يوجب له الخيار إذا فات به شيء لم يرض به المشتري، والتزم البائع تسليمه.

ثم استشهد رحمه الله، فقال: ألاترى أنه لو اشترى جارية ساقطة الثنية[6]، أو سوداء الثنية، وهو يعلم بذلك، فلم يقبضها حتى نبَتت ثنيتها، أو زال سَوادها، ثم سقطت

الصنائع» ٥/ ٢٧٥، ٢٧٦.

(١) في (ا) و (ب) و(ج) و(ا): "وهو لم يرض".

(٢) انظر الفتاوى الهندية ٣/ ٧٨، والفتاوى الخانية على هامش الفتاوى الهندية ٢/ ١٩٨.

(٣) انظر الفتاوى الهندية ٣/ ٧٨.

(٤) في (ج)و(ا): "كان".

(٥) "و المشتري" ساقط من (ج) و (د).

(٦) الثنية: من الثني، وهو ضمّ واحد إلى واحد، والثَّنِيّة: هي الأسنان المتقدمة، لأن كل واحد منهما مضمومة إلى صاحبتها، والجمع الثنايا، أي الأضراس الأربع التى فى مقدم الفم، اثنتان من فوق واثنتان من أسفل، والثنية: العقبة أو طريقها، أو الجبل أو الطريقة فيه، وبمعنى الاستثناء. «القاموس المحيط» ٤/ ٤٤٨. «المغرب» ١/ ١٢٤.

تلك الثنية، أو عاد سوادها، فالجارية لازمة للمشتري، ولاخيار له لما قلنا[1]، ولارواية عن أبي يوسف في هذه المسألة.

واختلف المشايخ فيه: منهم من سلم، وفرّق بينهما وبين انجلاء البياض، والفرق أن ثنيات السن لايتبين أنها لم تكن ساقطة وقت العقد، بخلاف الأولى؛ لأن بانجلاء البياض ظهر أن الأول لم يكن بياضا.

والصحيح أنه لافرق بين المسألتين، وله الخيار في الفصلين؛ لأن بانجلاء البياض كما يتبين أنه لم يكن بياضا، فثنيات السن يتبين أن المنبت لم يكن فاسدا وقت العقد، والموجب للخيار فساد المنبت لاسقوط السن، فإذا سقط السن عند البائع حدث فساد المنبت عنده، فيخيّر المشتري في الفصلين، وكان من عادة محمد الاستشهاد بالمختلف نقلا للكلام إلى ما هو الأوضح.

فإن اشتراها، وقبضها وهي بيضاء إحدى العينين، أو ساقطة الثنية وهو يعلم بذلك، فانجلى البياض، ونبت السن عند المشتري، ثم عاد بياضها، أو سقطت ثنيتها، ثم وجد بها عيبا آخر كان عند البائع، كان له أن يردّها على البائع[2]؛ لأنه لم يرض بهذا العيب، ومن شرط الرد أن يردّها كما قبض، وقد وجده، وانجلاء البياض ونبات السن زيادة حدثت عند المشتري، وإنها تمنع الرد عند محمد ما دامت قائمة، فإذا فاتت لابصنع أحد، ولم يوجب نقصانا في الأصل، زال المانع، وجعل كأنها لم تكن.

كما لو اشترى شاة حاملا، فولدت عند المشتري، ثم وجد بها عيبا، لم يكن له أن يردها عندنا لمكان الولد، فإن هلك الولد كان له أن يردها بذلك العيب لما قلنا كذلك هنا.

ولو عاد بياضها بفعل المشتري، أو بفعل الأجنبي، ثم وجد عيبا، لايكون له أن

---

(١) انظر الفتاوى الهندية ٣/ ٧٨.

(٢) انظر الفتاوى الهندية ٣/ ٧٨.

يردها؛ لأن في جناية الأجنبي يجب الأرش، وإنه زيادة حدثت عند المشتري، فيمنع الرد.

وفيما[1] إذا عاد بياضها بفعل المشتري، فلأنه لو ردها بعيب آخر يصير المشتري جانيا على ملك البائع، فيلزمه الأرش، فيمنع الردّ، كما لو قتل الولد الحادث عنه المشترى[2]، فإنه لا يردّ الأم بالعيب الذي كان عند البائع.

هذا إذا انجلى البياض ثم عاد، فإن لم يعد بياض ذلك العين، ولكن ابيضّت عينها الأخرى عند المشتري، ثم وجد المشترى بها عيبا كان عند البائع، لم يكن له أن يردّها[3]، لأنها خرجت عن ملك البائع، وهي صحيحة هذه العين، فإذا ابيضّت عنده، عجز عن ردها كما قبض.

ولايمكن أن يجعل هذا النقصان مجبورا بانجلاء البياض الذي حصل عنده؛ لأن من شرط الانجبار اتحاد السبب أو المحل، ولم يوجد، فلايرد، ولكن يرجع نقصان العيب.[4]

ولو اشترى جارية بيضاء إحدى العينين، وهو لايعلم بذلك حتى قبضها، كان له أن يردها[5] إذا علم لانعدام الرضى، فإن لم يرد حتى انجلى البياض عن عينها[6][7]، بطل خياره[8]، لأنه صار مستوفيا حقه في صفة السلامة كما التزم البائع.

---

(١) في (ا) و (ب)و (ج): "وأما".

(٢) في (ج) و (د): "عنده".

(٣) الفتاوى الهندية ٣/ ٧٨.

(٤) في (ج) و (د): "بالنقصان".

(٥) انظر الفتاوى الهندية ٣/ ٧٨.

(٦) ساقط من (ج) و (د).

(٧) قوله: "عن عينها" ساقط من (ج).

(٨) الفتاوى الهندية ٣/ ٧٨، وكذا في «فتاوى قاضي خان» على هامش «الفتاوى الهندية» ٢/ ١٩٨.

فإن عاد بياضها لم يكن له أن يرد(١)(٢)؛ لأنه لما انجلى البياض. وُجد تسليم المبيع كما التزم، فإذا عاد البياض، لايكون له أن يردها(٣) لما قلنا في المسألة الأولى.

ولو اطلع على عيب آخر دلّسه البائع، لجاز(٤) له أن يردها بذلك العيب(٥)، جعل هذا البياض عين البياض الأول حتى لايمنع الرد بعيب آخر، وجعله غير البياض الأول حتى لايملك الرد بعيب البياض.

ووجه ذلك أن البياض الثاني محتمل إن عاد بالسبب الأول كان عينه، وإن عاد بسبب آخر كان غيره، فلايثبت به أمر لم يكن، ولايبطل به ما كان ثابتا، وحق الرد بعيب آخر كان ثابتا قبله، فلايبطل بالشك.

ففي المسألة الأولى من الباب، الردّ بعيب البياض ما كان(٦) ثابتا، فلا يثبت بالشك، وفي المسألة الثانية حق الرد بعيب البياض قد بطل بانجلاء البياض، وتحقّق تسليم المبيع على الوصف الذي تناوله العقد، فلايبطل ذلك التسليم، ولايعود حق الرد بالبياض الثاني بالشك، أما إذا وجد به عيبا آخر، فحق الرد بهذا العيب ثابت، فلايبطل بعود البياض المحتمل بالشك.

وكذا لو اشترى جارية هي ساقطة الثنية، أو سوداء الثنية، فقبضها، وهو لايعلم بذلك ثم علم، كان له أن يردّها، فلو نبتت الثنية، أو زال سوادها، ثم سقطت الثنية، ثم

---

(١) وفي (ا) و (ب): "لم يكن له أن يردها".

(٢) الفتاوى الهندية ٣/ ٧٨.

(٣) من قوله: "لأنه لما انجلى" إلى قوله: "لا يكون له أن يردها" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) وفي (ج) و (د): "كان له".

(٥) انظر الفتاوى الهندية ٣/ ٧٨.

(٦) في (ج) و (د): "لم يكن".

و-تد بها عيبا آخر، له أن يردها بهذا العيب[1].

واستوضح محمد رحمه الله هذا بفصل القصاص، فقال:

رجل قَلَع سِنّ رجل، فاقتصّ منه، ثم نبتت سِنّ المقتص منه، لايقلع ثانيا[2].

ولو لم تنبت سِنّه، ولكن نبت سِنّ المقتص له، فإنه يغرم أرش سنّ القالع الأول[3].

جعل الثانية عين الأولى في حق المقتصّ له حتى بطل وجوب القصاص، ولم يجعل الثانية عين الأولى في حق المقتصّ منه حتى لايقلع ثانيا، لأن القصاص الواجب هو القلع، لاإفساد المنبت؛ لأن إفساد المنبت ليس في وسع البشر، فإذا قلَع صار مستوفيا حقه، فلو قلع السن الثاني بعد ذلك[4] ينتقض الاستيفاء الأول، ويكون زيادة على الجزاء، فلايجوز.

أما المقتصّ له فسبب وجوب القصاص له إفساد المنبت، ولهذا لو انتظر حتى نبت سنه، لايجب شيء لارتفاع الجناية، كما لو حلق شعر إنسان فنبت، لايجب شيء، لأن سبب وجوب القصاص[5] إفساد المنبت، أما القصاص الواجب: ليس هو إفساد المنبت، فكان عليه أن ينتظر، فإذا لم ينتظر، واستوفي القصاص، ثم نبت سنّه، تبين أنه استوفي القصاص بغير حق، ولم يجب القصاص لمكان الشبهة، فيلزمه الأرش[6].

---

(١) انظر الفتاوى الهندية ٣/ ٧٨.

(٢) انظر الفتاوى الهندية ٥/ ١١.

(٣) انظر الفتاوى الخانية على هامش الفتاوى الهندية. ٢/ ١٩٨.

(٤) في (ا) و (ب) و (ج) و (د): "قلع الثاني بعده".

(٥) "وجوب القصاص" ساقط من (ا) و (ب).

(٦) "الأرش": اسم للواجب على ما دون النفس. «أنيس الفقهاء» ص ٢٩٥.

واستشهد [محمد رحمه الله] (1) بفصل الغصب، فقال:

رجل غصب جارية بيضاء إحدى العينين، أو ساقطة الثنية، أو سوداء الثنية، فزالت العيوب عنده، ثم عادت، فردّها على المالك، لاشيء عليه؛ لأنه ردها كما قبض، فلايضمن شيئا (2)، ولايشبه هذا الحبلَ إذا غصب جارية حبلى، فولدت عنده، وانتقصت بالولادة، وهلك الولد، يضمن نقصان الولادة (3).

فإن حبلت مرّة أخرى، فردها على المالك، يضمن نقصان الحبل الثاني، وإن ردها كما قبض؛ لأن الحبل الثاني غير الأول؛ لأنه حدث بسبب غير الأول، بخلاف البياض ونحوه؛ لأنه لم يعرف حدوثه بسبب حادث، والظاهر أنه عينه حتى لو عاد بنفعل حادث يجعل غير الأول.

ولو غصب جارية حاملا، فولدت، وهلكت بالولادة، يضمن قيمتها (4).

ولو غصب جارية فارغة، فحبلت عنده، فردها على المالك، فولدت، وهلكت بالولادة عند المالك، ضمن الغاصب قيمتها (5)، جعل الهلاك في يد المالك مضافا إلى حَبل

وقال النسفي: الأرش: دية الجراحة. «طلبة الطلبة» ص ٣٣٥.

(١) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) قوله: "فلا يضمن شيئا" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: غصب جارية فولدت عنده ثم مات الولد فعلى الغاصب رد الجارية مع نقصان الولادة لأنها دخلت فى ضمانه بجميع أجزاءها وقد فات جزء مضمون منها ولو فاتت كلها ضمن الغاصب قيمتها والجزء معتبر بالكل. «المبسوط» ١١/ ٥٨.

(٤) قال الإمام السرخسى: ولو فاتت كلها ضمن الغاصب قيمتها. انظر «المبسوط» ١١/ ٥٨.

(٥) قال الإمام الكاسانى: فإن ردها الغاصب حاملا، فماتت فى يد المولى من الولادة، فبقى ولدها، ضمن الغاصب جميع قيمتها عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما لا يضمن إلى نقصان

كان عند الغاصب، ولم يجعل الهلاك عند الغاصب في الوجه الأول مضافا إلى حبل كان عند المالك.

والفرق أن الواجب على الغاصب أن يردها كما قبض، فإذا غصبها فارغة، وردّها مشغولة، لم يصح الردّ، فإذا هلكت عند المالك بالولادة، صار كأنها هلكت قبل الردّ، وفي الوجه الأول غصبها مشغولةً، فكان عليه أن يردها كما قبض، ولم يرد، فيضمن قيمتها مشغولة[1].

ولو غصب جارية محمومة، فبرأت من الحمى، ثم حمت، فردّها، فإن علم أنها غير الأولى بأن كانت الأولى غبّا[2]، والثانية ربعا[3]، ضمن النقصان، ولو كانت الثانية غبّا مثل الأولى، لايضمن شيئا[4]؛ لأنه ردها كما قبض، بخلاف الوجه الأول.

فرق بين الحمى والبياض؛ لأن في البياض لايعلم أن الثاني عين الأول أو غيره، ولاكذلك الحمى؛ لأنه متنوّع لتنوّع أسبابه، فلهذا قال: إن علم أن الثانية غير الأولى كان عليه النقصان[5].

ولو اشترى جارية بيضاء إحدى العينين، وهو يعلم بذلك، فقبضها، فذهب

الحمل خاصة. بدائع صنائع ١/١٥٦.

(١) مشغولة ساقط من (ا) و (ب).

(٢) الغب بالكسر: عاقبة الشيء كالمغبة بالفتح: ومن الحمّى ما تأخذ يومًا وتدع يومًا وقد أغبته الحمّى وأغبت عليه. القاموس المحيط ١/ ٢٦٢.

(٣) فلان أخضب، وعليه الحمى جاءته ربعًا بالكسر، وقد رُبع كعُنى وأربع بالضم فهو مربوع ومربع، وهى أن تأخذ يومًا وتدع يومين ثم تجيء فى اليوم الرابع. القاموس المحيط ٣/ ٣٥.

(٤) انظر الفتاوى الهندية ٣/ ٧٩.

(٥) من قوله: فلهذا قال الى: "كان عليه نقصان" ساقط من (ا) و (ب).

البياض، أو كانت ساقطة الثنية، فنبتت، فضربها المشتري، فعاد بياضها، أو سقطت ثنيتها، ثم اطلع على عيب آخر، لم يكن له أن يردها[1]؛ لأن انجلاء البياض، ونبات السن زيادة -حدثت عند المشتري، وقد حبسها المشتري بالإتلاف، فلايملك الرد، بخلاف ما إذا فات لا بصنعه.

هذا كالمبيعة إذا ولدت ولدا عند المشتري، يمنع الرد بالعيب، فإن هلك الولد ملك الرد، ولو قبله[2] المشتري لايملك الرد، كذلك هنا.

ولو اشترى جارية بيضاء، إحدى العينين تساوي ألفا بألف، فانجلى البياض عن عينها، فصارت تساوي ألفي درهم، فولدت ولدا يساوي ألفا بعد انجلاء البياض أو قبله، فقبضهما المشتري، ثم وجد بأحدهما عيبا، ردّه بحصته من الثمن.

يعتبر في الانقسام قيمة الأمّ يوم العقد، وقيمة الولد يوم القبض[3]؛ لأن المعتبر في الانقسام[4] قيمة كل واحد منهما يوم صيرورته مبيعا، والولد صار مبيعا مقصودا يوم القبض، أما الأم دخلت في العقد قصدا، فتعتبر قيمتها يوم العقد، ولايلتفت إلى زيادة قيمتها بعد ذلك، لأنها زيادة منفصلة، فلاتعتبر في الانقسام.

فإن لم يقبضهما المشتري حتى ضَرب عينها التي كانت بيضاء عبدٌ يساوي ألفا، فعاد بياضها، ودفع العبد بالجناية، فقبضهم المشتري، ثم وجد بأحدهم عيبا، ردّه بثلث الثمن؛ لأن انجلاء البياض كانت زيادة متصلة، وقد صارت منفصلة، فكان العبد بمنزلة ولد آخر ولدته.

---

(١) انظر الفتاوى الهندية ٣/ ٧٨.

(٢) في (ا) و (ب): "ولو قتله المشتري لا يملك".

(٣) راجع كتاب الأصل المعروف بـ"المبسوط" للشيباني ٥/ ٣١٣.

(٤) "في الانقسام" ساقط من (ا) و (ب) و(ج) و (د).

ويعتبر في الانقسام قيمة العبد يوم قبضه المشتري[1]، لايوم الدفع بالجناية؛ لأن قبض المشتري له شَبه بالعقد؛ لأنه حكم العقد، فأما الدفع بالجناية ليس من أحكام الجناية[2].

ولو كانت الجارية صحيحة العينين وقت البيع، فولدت ولدا يساوي ألفا، فضرب عبدٌ عينَها، فابيضّت، ودفع العبد بالجناية، يقسم الثمن على قيمة الأم يوم العقد، وعلى قيمة الولد يوم القبض.

فإذا كانت قيمتها ألفي[3] درهم وقت العقد، وقيمة الولد يوم القبض ألف درهم، كانت حصة الولد ثلث الثمن.

فإن وُجد بالولد عيبا، رده بثلث الثمن، وإن وُجد بالعبد عيبا، رده بنصف حصة الأم؛ لأن العبد المدفوع قام مقام العين، والعين من الآدمي نصفه، فيرده بنصف حصة الأم، قَلّت قيمة العبد أو كثرت، إن قلّت قيمته، جعل كأنه تراجع قيمة الأصل، وإن ازدادت قيمته، جعل كأنه ازداد الأصل، وإن وجد بالأم عيبا، ردّها بنصف حصتها من الثمن، لما قلنا.

ـ والله اعلم بالصواب ـ

(١) انظر كتاب الأصل المعروف بـ "المبسوط" للإمام محمد ٥/ ٣١٩.

(٢) وفي (ا) و (ب) "البيع" مكان "الجناية".

(٣) كذا في (ج) و (د)، وفي الاصل: "ألفا درهم"، وهو خطأ.

باب الهبة للعبد المبيع قبل القبض وبعده وفي الرهن والهبة في المرض والوصية

جمَعَ في الباب بين حكم المكاسب، وحكم الوطء في المبيعة، وختم الباب ببيان مكاسب الوصية.

وبنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن كسب المملوك[1] الذي لادَين عليه يكون لمالكه[2]؛ لأن الكسب سبب

(١) قوله: "كسب المملوك" ويتعلق به ما يشبه كسبه كما إذا وهب له واتهب أي قبل تلك الهبة. «جامع الرموز» للقهستاني ٤/ ٥٩١.

(٢) والمسألة تعرف بأن المولى يملك كسب عبده المأذون المديون دينًا مستغرقًا لرقبته وكسبه عنده لا يملك وعندهما يملك.

وجه قولهما: إن رقبة المأذون وإن تعلق بها أحق الغرماء فهما ملك المولى ألا ترى أنه ملك إعتاقه وملك الرقبة علة ملك الكسب فيملك الكسب كما يملك الرقبة.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله: أن شرط ثبوت الملك للمولى في كسب العبد فراغه عن حاجة العبد ولم يوجد فلا يثبت الملك له فيه، كما لا يثبت للوارث في التركة المستغرقة بالدين . . . هذا إذا كان الدين محيطًا بالرقبة والكسب، فإن لم يكن محيطًا بهما فلا شك أنه لا يمنع الملك عندهما، لأن الدين المحيط عندهما لا يمنع فغير المحيط أولى. انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ١٩٩، «تبيين الحقائق» ٥/ ٢١٣.

لثبوت الملك في الأكساب، قال عليه السلام: «الكاسب أحقّ بكسبه»[1]، إلاأن الكاسب إذا كان مملوكا، وأنه ليس من أهل الملك، تعذّر إثبات الملك له، فيثبت الملك لمن هو أقرب الناس إليه، وهو المولى؛ لأنه كسبه من وجه، فكان ملك الكسب حكما لملك الرقبة.

فينظر إلى الكاسب: إن كان مملوكا للمولى[2] ملكا مستقرًا، كان الكسب ملكا لمولاه على وجه التقرر، وإن كان الكاسب[3] موقوفا متردّدا، كان ملك الكسب كذلك، إظهارا للتبعية.

فإن كان في البيع خيار للبائع، فملك الكسب موقوف عند الكل لتوقّف ملك الأصل، إن تمّ البيع بينهما فهو للمشتري[4]، وإن انتقض فهو للبائع[5].

---

(١) لم أهتد لهذا الحديث بهذه الألفاظ رغم بحثي عنه في مظانه من كتب الحديث والآثار، ولكن يستأنس هنا أنه ذكره شمس الدين أبو المظفر يوسف، سبط الإمام ابن الجوزي المتوفي ٦٥٤ هـ في كتابه: «إيثار الأنصاف في آثار الخلاف» تحقيق دكتور عبد الله بن عبد العزيز العجلان، ٣/ ٩٤٧، ويبدو أنه رواية بالمعنى لحديث رواه سعيد بن منصور في سننه عن الحسن أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «كلّ أحد أحقّ بكسبه من والده وولده والناس أجمعين» وأخرجه البيهقي عن حبان بن أبي جبلة، في باب من قال يجب على الرجل مكاتبة عبده... من كتاب المكاتب، «السنن الكبرى» ١٠/ ٣١٩. كما ذكره العلامة فخر الدين الزيلعي في «تبيين الحقائق» بلفظ: «كل الناس أحق بكسبه» ٥/ ٢٣٤، وانظر «المغني» ٨/ ٢٧٢.

(٢) "للمولى" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ا) و (ب) "وان كان ملك الكاسب".

(٤) راجع «البحر الرائق» ٨/ ٨٧.

(٥) انظر «مجمع الضمانات» ص٢٤١.

وفي البيع البات إذا حدث الكسب قبل القبض، توقّف حكمه عند أبي يوسف ومحمد، إن تقرر البيع بالقبض، يكون للمشتري . وإن انتقض المبيع[٢] بينهما بهلاك المبيع ونحوه، يكون للبائع، كما في البيع الفاسد والغصب وغير ذلك، لتردّد حال الأصل؛ لأن تمام البيع في الملك يتعلق بالتسليم.

وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله الأكساب يكون[٣] للمشتري[٤]؛ لأن الكاسب مملوك للمشتري[٥]، وليس لغيره فيه سبب الملك، فكانت الأكساب ملكا له، كالحادث بعد القبض.

وأصل آخر: أن أحد العاقدين[٦] إذا أتلف[٧] كسب المبيع قبل القبض، إن كان ملكا للمتلف، لا يضمن؛ لأنه أتلف ملك نفسه[٨]، وإن كان ملكا لغيره، فإن كان الأصل مضمونا على المتلف بالثمن، لا يضمن الكسب؛ لأنه لا وجه إلى أن يجعل الكسب مضمونا

(١) راجع «مجمع الضمانات» ٢٤١ و«البحر الرائق» ٨/ ٩٩.

(٢) في (ا) و (ب) "انتقض البيع".

(٣) "يكون" ساقط من (ج).

(٤) راجع «البحر الرائق» ٨/ ٨٧.

(٥) وفي (ج) و (د): "الكاسب ملكه".

(٦) وفي (ا) و (ب) "المتعاقدين".

(٧) تَلِفَ كفرح، هلك، وأتلفه أفناه وكمقعد المهلك والمفازة وذهبت نفسه تَلَفًا وطَلَفًا هَدَرًا. «القاموس المحيط» ٣/ ١٧٨.

(٨) انظر «البحر الرائق» ٨/ ٨٨.

بالثمن؛ لأنه لاقسط[1] له من الثمن بالإجماع، ولو جعلنا الكسبَ مضمونا عليه بالقيمة[2]، يصير التبع مخالفا للأصل.

وإن كان الأصل مضمونا على المتلف بالقيمة، فأتلف الكسبَ[3]، يضمن إذا لم يكن الأصل في يده. وإن كان الأصل في يده، عند أبي حنيفة: لايضمن الكسب، وعندهما: يضمن، لما نذكر بعد هذا.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله:

رجل اشترى جارية، ولم يقبضها حتى وهب لها هبة، أو أغلت غلّةً، ثم انتقض البيع بينهما بهلاك الجارية، أو ردّها بخيار رؤية أو عيب، فالهبة والغلة للمشتري عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد[4] إن تم البيع بينهما بالتسليم، يكون للمشتري، وإن انتقض، يكون للبائع[5].

---

(١) وفي (ا) و (ب) "لا خط له".

(٢) وفي (ا) و (ب) "ولو جعلنا مضمونا بالقيمة".

(٣) "فأتلف الكسب" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) "عندهما" ساقط من (ج) و (د).

(٥) قال في "«الفتاوى الهندية»": وإن كانت منفصلة غير حادثة منه كالكسب والهبة فإنها لا تمنع الرد، فإذا ردّه فالزيادة تكون للمشترى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، ولا تطيب له، وعندهما الزيادة للبائع ولا تطيب له أيضًا. «الفتاوى الهندية» ٣/ ٧٧.

وذكر البغدادي الأصل لأبي حنيفة بأن الزيادة فى البيع الباتّ للمشتري، تمّ البيع أو انفسخ، وفي البيع مع الخيار موقوفة، إن تمّ البيع فللمشتري، وإن انفسخ فللبائع، وهذا إذا حدثت الزيادة قبل القبض. انظر «مجمع الضمانات» ص ٢١٩ و٢٤١.

وعلى هذا الخلاف إذا اصطادَت، أو أجّرت نفسها، أو احتطبت، والصداق، إذا اكتسب أكسابا قبل القبض(١)، ثم عادت إلى ملك(٢) الزوج بفرقة جاءت من قِبلها قَبل الدخول.

لهما: إن هذا كسبٌ حَدَث حال توقّف ملك الأصل؛ لأن ملك الأصل(٣) لايتمّ قبل القبض، فإذا انفسخ صار كأن لم يكن، ولهذا يعود إلى البائع بزوائده المتصلة والمنفصلة(٤)، فيعود بأكسابه، فكان بمنزلة كسب المغصوب(٥) [والمبيع بيعا فاسدا]، (٦) إن ضمن الغاصب، يكون للغاصب، وإن استردّ يكون للمالك(٧).

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن هذا كسب حدث حال قرار ملك المشتري؛ لقيام سبب الملك له، وانعدام السبب لغيره، فيكون له، كالحادث بعد القبض(٨).

و[أما](٩) قوله: "إذا انفسخ البيع صار كأن لم يكن". [قلنا](١٠): ليس كذلك، بل

---

(١) وفي (ا) و (ب) "قبل الدخول".

(٢) "ملك" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وفي (ا) و (ب) "حال توقف الملك في الأصل، لأن الملك في الأصل لايتم".

(٤) راجع «المبسوط» للسرخسى ١٣/ ٢١.

(٥) راجع بدائع الصنائع ٧/ ١٦٠.

(٦) مابين المعكوفتين مثبت من (ج)، وفي الأصل: "والبيع الفاسدا".

(٧) راجع «المبسوط» للسرخسى ١٣/ ٢٢.

(٨) انظر «مجمع الضمانات» ص ٢٤١.

(٩) زيادة من المحقق لوضوح وارتباط سلسلة الكلام.

بالانفساخ يعود إلى ملك البائع مقصورا على الحال، ولايظهر أنه لم يكن للمشتري، فلايعود الكسب إلى ملك البائع.

كالموهوبة إذا اكتسبت أكسابا عند الموهوب له، ثم رجع الواهب في الهبة، بخلاف المغصوبة؛ لأن الغاصب يملكها[1] بأداء الضمان من وقت الغصب.

ألا ترى أن الغاصب إذا باع، ثم ضمن، ينفذ[2] بيعه، والبائع لو باع من غيره، ثم انفسخ البيع الأول، لاينفذ البيع الثاني.

بخلاف الأولاد؛ لأن الولد جزء من أجزاءها، لو أمسكه بعد انفساخ البيع بدون الثمن، يكون مبيعا بلاثمن، فيكون ربا[3]، ولا وجه إلى أن يمسكه بشيء من الثمن؛ لانفساخ البيع في الأصل بجميع الثمن، أما الكسب ليس من أجزاء المبيع، فكان له أن يمسكه بدون الثمن.

فإن لم يقبض الجارية، ولم ينتقض البيع بينهما، فأتلف أحدهما الكسب والغلة، لاضمان عليه، تمّ البيع بينهما أو انتقض، أما إذا أتلفه المشتري؛ فلأنه أتلف ملكَ نفسه على كلّ حال عند أبي حنيفة[4].

---

(١٠) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(١) راجع «بدائع الصنائع» ٧/ ١٦٠.

(٢) وفي (ج) و (د): "ينفك"، وهو خطأ.

(٣) الربا: الفضل والزيادة، وشرعًا: وهو فضل خالٍ عن عوض بمعيار شرعي مشروط لأحد المتعاقدين في معاوضة. (التمرتاشي، القاموس الفقهي ١٤٣)

(٤) انظر «مجمع الضمانات» (٢٤١).

وعندهما إن تمّ البيع فكذلك، وإن انتقض البيع[1] لايضمن أيضًا، وإن أتلف[2] ملك البائع؛ لأن الأصل مضمون على المشتري بالثمن، فلايضمن الكسب بالإتلاف؛ لما ذكرنا، وإن أتلفه البائع، لاضمان عليه، هكذا ذكره في الكتاب، ولم يذكر فيه خلافا.

وهذا الجواب ظاهر على قولهما، فيما إذا انتقض العقد؛ لأنه أتلف ملك نفسه، أمّا إذا تمّ العقد، فهو مشكل على قولهما؛ لأنه أتلف ملك المشتري، وعلى قول أبي حنيفة مشكل على كل حال؛ لأنه أتلف ملك المشتري على كل حال.

قال الفقيه أبو جعفر: ما ذكر في الكتاب قولهما، أمّا على قول أبي حنيفة يضمن البائع على كل حال؛ لأنه أتلف ملك المشتري[3].

وقال غيره من المشايخ: لايضمن عند الكل؛ لأنه وإن أتلف ملك المشتري، لكن أتلفه في حال، لو أتلف الأصل لايضمن القيمة، بل يسقط الثمن عن المشتري، والكسب لاحصّة له من الثمن، ولو كان الكسب مضمونا عليه بالقيمة، كان التبع مخالفا للأصل.

هذا إذا حدث الكسب قبل القبض، فإن حدث عند المشتري، ثم انتقض البيع بينهما بخيار رؤية، أو شرط، أو عيب، سلّم الكسب للمشتري؛ لأنه حدث في ملكه وضَمانه، فيكون له[4]؛ لقوله عليه السلام: «الخَراج بالضّمان»[5] في عَين هذه الحادثة[6]، والخَراج

---

(١) "البيع" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «مجمع الضمانات» ص ٢٤١.

(٣) راجع «بدائع الصنائع» ٧/ ١٦٤.

(٤) في "«الفتاوى الهندية»": ولو باع جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام فاكتسبت اكتسابًا عند البائع أو عند المشترى أو ولدت أولادًا فإن الكل يدور مع الأصل إن تم البيع بينهما يكون للمشترى وإن

هو الغلّة[1]،

ولما ذكرنا من المعنى، فإن أتلفه المشتري، ثم انتقض البيع بينهما لايضمن؛ لأنه أتلف

انفسخ بينهما يكون البائع. ٣/ ٤٧، وانظر «مجمع الضمانات» ص٢١٩ و٢٢٤ و ٢٤١.

(٥) هذا الحديث من قبيل جوامع الكلم، ومن القواعد التي بنيتها من نصّ الحديث النبوي، ثم أجراها الفقهاء مجرى القواعد الفقهية، لشمولها كثيرا من الأحكام الشرعية العملية. واشتهرت عند الفقهاء بنفس الصيغة كقاعدة عامة، انظر: «مجلة الأحكام العدلية» مادة: ٨٥، و«الأشباه والنظائر» للسيوطي، ص١٣٥، و«الأشباه والنظائر» لابن نجيم، ص١٧٥.

(٦) إشارة إلى ما روي عن عائشة رضي الله عنها: أن رجلا اشترى عبدا فاستغلّه، ثم وجد به عيبا فردّه، فقال: يارسول الله! إنه قد استغلّ غلامي، فقال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان». أخرجه ابن ماجة في سننه، في التجارات، باب الخراج بالضمان، الحديث: ٢٢٤٣. وأخرجه أبرداود في البيوع والإجارات، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد عيبا، الحديث: ٣٥١٠. وأخرجه الترمذي في سننه، في كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا، الحديث: ١٢٨٦. وأخرجه أحمد في مسنده ٦/ ٤٩ و٢٣٧، والبيهقي في السنن الكبرى ٥/ ٣٢١ و٣٢٢، ورواه الحاكم في المستدرك ٢/ ١٥٠، وانظر: «تلخيص الحبير» لابن حجر ٣/ ٢٢.

(١) قال الزركشي في بيان هذه الكلمة الجامعة والقاعدة النفيسة: "ما خرج من الشيء من عَين ومنفعة وغلّة، فهي للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة له، ليكون الغُنم في مقابلة الغُرم". «المنثور في القواعد» للزركشي، ٢/ ١١٩. و خلاصة ذلك "أن الشيء الذي مؤنته على إنسان، وإذا تلف يكون تلفه عائدا عليه، يقال لذلك الشيء إنه في ضمانه، وفي مقابل هذا تكون منافعه خاصة به، سواء انتفع بها بنفسه أو تناول غلّتها". انظر شرح المجلة، للشيخ محمد طاهر الأتاسي، ١/ ٢٤١.

ملك نفسه.

وإن أتلفه البائع ضمن؛ لأنه أتلف ملك الغير في حال لو أتلف الأصل يضمن قيمته.

فرق بين الكسب والولد، جعَل الولد الحادث بعد القبض مانعا من الردّ بالعيب[1]، بحكم العيب ولم يجعل الكسبَ الحادث بعد القبض مانعا من الردّ.[2]

والفرق ما عرف أن الولد مال متقوّم، جزء من أجزاء المبيع، ملك حكما للبيع، فكان مبيعًا، إلاأنه مبيع لم يرد عليه البيع، ولامالَه شَبه بالبيع، فلايرد عليه الفسخ، وليس له قسط من الثمن، فلو ردّ الأصل لرُدّ بجميع الثمن، فبقى الولد ربا.

أما الكسب: ما ملك حكما للبيع؛ لأنه ليس من أجزاء المبيع، فلايكون مبيعا أصلا، فلو ردّ الأصل بجميع الثمن لايؤدّي إلى الربا.

وإن حدث الكسب قبل القبض، ثم قبضه المشتري مع الأصل، ثم انتقض البيع[3] بينهما بخيار الرؤية، أو خيار العيب، فالكسب للمشتري في قول أبي حنيفة، كما لو انتقض البيع بينهما قبل القبض[4]، وعلى قولهما يدور مع الأصل؛ لأنه حدث حال تردّد

---

(١) وفي (ج) و (د): "بالعيب".

(٢) في "الفتاوى الهندية": وأما الزيادة المنفصلة فنوعان أيضًا متولدة من المبيع كالولد والثمر وما هو فى معناهما كالأرش والعقر وإنها تمنع الرد بالعيب والفسخ بسائر أسباب الفسخ عندنا. ٣/ ٧٧.

(٣) وفي (ج) و (د): "بخيار روية أو عيب".

(٤) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٧٧ و٣/ ٤٨، وهكذا فى مجمع الضمانات ٢٤١.

ملك الأصل، فيدور مع الأصل[١].

فإن أتلفه المشتري لايضمن عند أبي حنيفة على كل حال[٢]؛ لأنه أتلف ملك نفسه.

وعندهما إن تمّ العقد فكذلك، وكذا إذا انتقض، وإن إتلف ملك البائع حال انتقاض العقد[٣]؛ لأنه لو أتلف الأصل لايضمن القيمة، فلايضمن الكسب.

وإن أتلفه البائع يضمن[٤]، أمّا على قول أبي حنيفة؛ فلأنه أتلف ملك المشتري، وأمّا عندهما إن تمّ العقد فظاهر؛ لأنه أتلف ملك المشتري في حالٍ لو أتلف الأصل ضمن قيمته، وإن انتقض العقد ضمن أيضًا.

وإن أتلف الكسب في حالٍ لو كان قائما يردّه على البائع مع الأصل؛ لأن عندهما الكسب تَبع للأصل، وبعد القبضِ الأصل مضمون على البائع بالقيمة، فكذا الكسب.

وإن كان في البيع خيار لأحدهما، فإن كان الخيار للبائع، وقبضه المشتري، فأغلت غلّة، فالكسب يدور مع الأصل[٥]، تمّ البيع أو انتقض.

---

(١) «مجمع الضمانات» ٢٤١.

(٢) انظر «مجمع الضمانات» ٢٤١.

(٣) "حال انتقاض العقد، لأنه" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) انظر «مجمع الضمانات» ٢٤١.

(٥) جاء في "«الفتاوى الهندية»" : ولو باع جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام فاكتسبت اكتسابا عند البائع أو عند المشترى أو ولدت أولادًا فإن الكل يدور مع الأصل اهـ انظر ««الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٧ ومجمع الضمانات ص ٢٤١.

منهم من قال: هذا قول أبي يوسف ومحمد[1]، أمّا على قول أبي حنيفة: الكسب يكون للبائع على كل حال، لأن خيار البائع يمنع زوال العين المبيع عن ملكه[2]، فكان الكسب حادثا على ملكه ملك البائع.

والصحيح: أن هذا قول الكل؛ لأنه حدث على ملك البائع، وللمشتري فيه سبب الملك، فيتوقّف كأكساب الغصب.

فإن استهلكه المشتري، فإن تمّ البيع بينهما، لايضمن عندهما؛ لأنه أتلف ملك نفسه، وكذلك على قول أبي حنيفة [3]على القول الصحيح، وكذلك على قوله الآخر، لما نذكر[4].

وإن انتقض البيع بينهما، يضمن قيمة الكسب عندهما؛ لأنه أتلف الكسب في حال لو أتلف الأصل يضمن قيمته، فيضمن الكسب[5]، وعند أبي حنيفة لايضمن الكسب؛ لأنه أتلف الكسب في حال كان الأصل في يده مضمونا عليه بالقيمة، وهذا يمنع ضمان الكسب عنده.

أصله: الغاصب إذا أتلف كسب المغصوب، ثم ردّ المغصوب على المالك، عندهما

---

(١) في (ج) و (د): "هذا قولهما".

(٢) راجع «الهداية» ٣/ ٣٠، وأيضًا «البحر الرائق» ٩/ ٨.

(٣) وفي (ج) و (د): "وعند أبي حنيفة كذلك".

(٤) راجع «مجمع الضمانات» ص ٢٤١.

(٥) "فيضمن الكسب" ساقط من (ا) و (ب).

يضمن الكسب، وعند أبي حنيفة لا[1] يضمن، حتى لو كان الكسب قبل القبض، فأتلفه المشتري، ثم انتقض البيع[2] بينهما، ضمن الكسب عند الكل[3].

أمّا عندهما فظاهر، وأمّا عند أبي حنيفة: فلأنه لو أتلف الأصل، يضمن قيمته، والأصل ليس في يده، فيضمن الكسب.

وإن أتلفه البائع، لايضمن، سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده، أمّا إذا انتقض البيع، بينهما فلأنه أتلف ملك نفسه، وإن تمّ البيع بينهما، فلأنه أتلف ملك المشتري في حال لو أتلف الأصل، لايضمن، فكذا الكسب.

وإن اكتسبت أكسابا، أو أغلّت غلةً، ولم يتلفه أحدهما، فأسقط البائع خياره، وأتمّ البيع، وسلّمها إلى مشتري، كان الكسب للمشتري تبعًا للأصل[4].

ويتصدق به؛ لأنه ربح حصل في ملك الغير لا في ضمانه، وإن انتقض البيع فهو للبائع، ولا يتصدق به، لانه ربح ملكه[5] حصل في يده، حتى لو حصل في يد المشتري، يتصدّق

---

(١) انظر «مجمع الضمانات» ص ١٣٠.

(٢) في الأصل: تكرار البيع.

(٣) وفى "مجمع الضمانات": ومكسوب المبيع وموهوب له قبل القبض للمشترى، تم البيع أو انتقض عند أبى حنيفة، وعندهما إن تم فللمشترى، وإن انتقض فللبائع، وأيهما استهلكه لم يضمن لأنه تبع للكاسب وليس بمبيع، فلا يمكن تضمينه. ص ٢٤١.

(٤) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٧، ٧٧ و «مجمع الضمانات» ص ٢٤١.

(٥) سقطت العبارة من قوله: "ربح حصل في ملك الغير" في (ج) و (د).

به[1]؛ لأنه ربح حصل في ضمان للمشتري.

وإن رد الجارية[2] في هذه الصورة بعيب، ردّها مع الكسب[3]؛ لأن الكسب حصل حالة التردد، فيدور مع الأصل.

وإن كان أتلف الكسب، ردّ الجارية بجميع الثمن؛ لأنه لا قسط للكسب من الثمن، فلا يسقط شيء من الثمن، وإتلاف الكسب بعد العلم بالعيب، لا يكون رضًى بالعيب، ولا يسقط شيء من الثمن.

وكذا لو كان الكسب عبدا، فأعتقه، أو دبّره، أو كانت جاريةً، فوطئها في البيع الباتّ مع العلم بالعيب[4]، لا يصير راضيا بالعيب، بخلاف الولد، فإن الجارية إذا ولدت ولدا في البيع الباتّ، فاستهلكه المشتري، أو أعتقه مع العلم بالعيب، يصير راضيا بالعيب؛ لأنه جزء من أجزاء[5][6] المبيع، فكان حبسه كحبس الكل.

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ١٩٨ وأيضًا «البحر الرائق» ٨/ ٨٧.

(٢) "الجارية" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في "مجمع الضمانات": وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة كالهبة والصدقة والكسب لا تمنع الرد فإذا رده فالزيادة للمشترى بغير ثمن ولا تطيب له، عند أبي حنيفة. ص (٢١٩)
وفيه أيضًا: الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل لا تمنع الرد بالعيب كالكسب والغلة وتسلم للمشترى ولا يضر حصولها له مجانًا لأنها لم تكن جزءً من المبيع فلم يملكها بالثمن وإنما ملكها بالضمان لأنه قبل الرد كان فى ضمانه ولو هلك هلك من ماله وبمثله يطيب الربح لحديث الخراج بالضمان. «مجمع الضمانات» ص٢٢٤

(٤) البيع الباتّ: البيع القطعى. (القاموس الفقهى ٤٤)

(٥) ساقط من (ا) و (ب).

أما الكسب: ليس [بجزء[1]][2] من أجزاء المبيع، فلايصير حابسًا بعض المبيع، فلايصير راضيا بالعيب، كمن اشترى شيئين، وقبضهما، ثم وجد بأحدهما عيبا، ثم تصرّف في الآخر، كان له أن يردّ المعيب.

هذا إذا كان الخيار للبائع، فإن كان الخيار للمشتري، فحدث الكسب بعد القبض، كان الكسب للمشتري، تمّ البيع بينهما[3][4]، أو انتقض[5].

وإن أتلفه المشتري، لايضمن، تمّ البيع أو انتقض، وإن أتلفه البائع، ضمن في الوجهين[6]، هكذا ذكر في الكتاب، ولم يذكر فيه خلافا.

من المشايخ من قال: هذا قولهما؛ لأنّ عندهما خيار المشتري، لايمنع دخول السّلعة في ملكه[7]، فكان خيار الشرط عندهما بمنزلة خيار الرؤية والعيب عند الكل، وثمّة الكسب الحادث بعد القبض يكون للمشتري[8][9] على كل حال، وإن أتلفه المشتري،

---

(٦) "من أجزاء" ساقط من (ج) و (د).

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٢) مابين المعكوفتين زيادة من (ج).

(٣) ساقط من (ا) و (ب).

(٤) "بينهما" ساقط من (ج) و (د).

(٥) انظر مجمع الضمانات (٢٤١).

(٦) انظر مجمع الضمانات (٢٤١).

(٧) «الهداية» ٣/ ٣٠، وأيضًا «البحر الرائق» ٩/ ٨.

(٨) وفي (ج) و (د): "ملك المشتري".

لايضمن، وإن أتلفه البائع، يضمن، فكذلك ههنا.

فأما عند أبي حنيفة: ملك الأصل موقوف، فكذا الكسب، فإن أتلفه المشتري، وتمّ البيع بينها[1] لايضمن؛ لأنه أتلف ملك نفسه، وكذا إذا انتقض البيع؛ لأنه أتلف الكسب في حال لو أتلف الأصل، لايضمن.

وإن أتلفه البائع، إن تمّ البيع بينهما، يضمن؛ لأنه أتلف ملك المشتري في حال لو أتلف الأصل يضمن قيمته، فكذلك الكسب، وإن انتقض البيع بينهما[2]، لايضمن؛ لأنه أتلف ملك نفسه.

وعلّل محمد رحمه الله في الكتاب، لإيجاب الضمان على البائع بإتلاف الكسب في هذه المسألة، فقال: لو استهلك البائع شيئًا منها، يعني من الجارية، ضمن ذلك المشتري، ويبطل خيار المشتري، وتمّ البيع، فكذا إذا استهلك الكسب ضمن ذلك المشتري[3]، وهو في استهلاك الكسب، كسائر الأجانب.

وذكر في "كتاب الشرب"[4]: إذا كان الخيار للمشتري، فقطع البائع يد الجارية المبيعة في يد المشتري في مدة الخيار، سقط خياره في قول أبي حنيفة، ولم يسقط في

---

(٩) وجاء في (ج) و (د): "ملك المشتري".

(١) ساقط من.

(٢) "بينهما" ساقط من (ج) و (د).

(٣) قوله: "فكذا إذا استهلك الكسب ضمن ذلك المشتري" لم يرد في (ج) و (د).

(٤) كتاب الشرب من «كتاب الأصل» للإمام محمد رحمه الله، وهذه الحصة لم تحظ بالنشر إلى الآن.

قول محمد، وعن أبي يوسف روايتان[1].

وأجمعوا على أنه لو قطع البائع قبل القبض لايسقط خيار المشتري[2].

وأجمعوا على أنه لو قطعها أجنبيّ يسقط خياره[3].

من المشايخ من قال: ما ذكر في "الزيادات" قول أبي حنيفة خاصة، ومنهم من قال: لا، بل هذا قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأن هذا الكتاب تصنيف محمد، فيكون عن محمّد روايتان.

وجه رواية كتاب الشرب: أنّ شرط الرد بحكم الخيار، أن يردّ كما قبض، ولم يعجز المشتري عن ذلك؛ لأن البائع اشترى الجزء الهالك بجنايته، والمشتري ردّ الباقي، فتحقّق رد الكل، بخلاف ما إذا قطعها أجنبيّ؛ لأن ثمّة لم يوجد ردّ الجزء الغائب، فعجز المشتري عن ردّها كما قبض، فسقط خياره ضرورة.

وجه رواية هذا الكتاب: أن البائع بعد القبض بمنزلة الأجانب؛ لانقطاع ملكه ويده، ولهذا لو استهلكها، أو استهلك جزءًا منها ضمن، ولو جنّى عليها أجنبيّ سقط خيار المشتري، فكذا إذا جنّى البائع.

وقوله: "إن البائع صار مستردّ الجزء الفائت"، فليس كذلك؛ لأنه لو صار مستردًّا، لايضمن قيمته، كما لو كان الخيار له، بخلاف ما لو قطع البائع يدها قبل القبض، حيث لايسقط خيار المشتري، ويملك الردّ؛ لأنه احتبس عنده بعض المبيع، وسقطت حصتّها من

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٥٠.

(٢) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٥٠.

(٣) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٥٠.

الثمن، فكان له أن يردّ الباقي.

ولو استهلك الكسب المشتري[1]، لايضمن؛ لأنه لو استهلك المشتري الأصل، لايضمن، و لايسقط خياره، وكان له أن يردّها بخياره؛ لأنه لم يعجز عن ردّ المبيع، كما قبض.

وحُكي عن ابن سَماعَة[2] أنه كتب إلى محمد رحمهما الله حين كان بالرقة، يستَفرِقه بين هذه المسألة، ومسألة الشفعة: إذا اشترى دارا على أنه بالخيار، فبيعت دار بجنبها، فأخذها المشتري بالشفعة، سقط خياره[3]، وباستهلاك الكسب، لايسقط خياره.

فكتب في جوابه: أن الأخذ بالشفعة، يستدعي ملكا متقرّرا فيما يستحق به الشفعة، ولهذا لو باع داره قبل أن يأخذ الأخرى بالشفعة، بطلت شفعته، فكان إقدامه على الأخذ بالشفعة تقريرا للملك فيما يستحق به الشفعة، وذلك لايكون إلا بإسقاط الخيار.

أما سلامة الكسب، لايستدعي ملكا متقررا في الأصل، ألاترى أنّ المشتري لو ردّ الأصل بحكم الخيار، يسلّم له الكسب، فاستهلاك الكسب لايكون تقريرا لملك الأصل، فلايسقط خياره.

فلو أن المشتري بعد ما قبض الجارية فسخَ البيعَ بخيار شرط، أو رؤية، أو عيب، بقضاء أو رضى، أو تقايلا[4]، ولم يدفعها إلى البائع، حتى اكتسبت أكسابا، فالمشتري في

---

(١) "المشتري" ساقط من (ج) و (د).

(٢) هو محمد بن سَماعَة بن عبيد الله التميمي، تلميذ الإمام الشيباني، وتقدم ترجمته في ص ٨٥.

(٣) انظر «البحر الرائق» ٦/ ٢٠ و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٥٠.

(٤) قال يقيل قيلا وقيلولة: نام نصف النهار، والقائلة وقت القيلولة، وقد تطلق على القيلولة،

هذه الحالة بمنزلة البائع قبل التسليم فيما تقدم، والبائع في هذه الحالة بمنزلة المشتري قبل القبض فيما تقدم في جميع الأحكام؛ لأنه لما انفسخ البيع بينهما، صار الملك للبائع، وبقي اليد للمشتري، فكان المشتري بمنزلة البائع، فيما تقدم[1].

هذا كله إذا اكتسب المبيع بنفسه، وإن أجره البائع، أو المشتري في هذه الوجوه، فالأجر لمن أجره؛ لأنه وجب بعقده، والغاصب لو أجر المغصوب، كان الأجر له، فهنا أولى.

رجل اشترى جارية، ولم يقبضها حتى وطئها المشتري، وهي بكر، أو ثيّب، فلا عقر عليه[2]؛ لأنه وطئ ملك نفسه، ويصير قابضًا لها بالاستيلاء عليها، وللبائع أن يستردّها لاستيفاء الثمن؛ لأنه كان له حق الحبس لاستيفاء الثمن، فكان له حق الاسترداد[3].

فإن هلكت الجارية قبل أن يُحدث البائع منعا، هلكت من مال المشتري؛ لأنها هلكت بعد القبض.

وإن هلكت بعد ما أحدث البائع منعًا، هلكت من مال البائع؛ لأنه[4] صار

وأقال الله عثرته إذا رفعه من سقوطه ومنه الإقالة في البيع لأنها رفع العقد وقاله قيلا من باب باع لغةٌ واستقاله البيع فأقاله. «المصباح المنير» القاف مع الياء ٥٢١.

(١) "فكان المشتري بمنزلة البائع فيما تقدم".

(٢) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٧٦.

(٣) راجع المرجع السابق.

(٤) كذا في (ج)، وفي الأصل: "لأن البائع".

مستردًا[1] بالمنع بعد الوطئ، فانتقض قبض المشتري، وصار كأن لم يكن.

ثم ينظر إن كان لم ينقصها وطئ المشتري، سقط عن المشتري جميع الثمن؛ لأن المستوفى ليس بمال، فلم يحبس شيئا يقابله الثمن، فيسقط عنه جميع الثمن.

وإن كانت بِكرا لزمته حصّة البكارة من الثمن، ويسقط الباقي، يُقسَم الثمن على نقصان البكارة، وعلى قِيمتها ناقصة، فما أصاب نقصان البكارة يتقرّر على المشتري، ويسقط الباقي؛ لأن البكارة في حكم مال متقوّم يستحق بالشرط، حتى لو اشترى جارية على أنها بكر، فوجدها ثيبا، كان له أن يردّها، وإن تعذّر الرد، يرجع بالنقصان.

وبمثله لو اشترى جارية ثيبا بشرط أن لايطأها البائع، ثم علم أنه كان وطئها قبل البيع، لم يكن له أن يردّها[2]، فبهذا يظهر الفرق بينهما.

وشبّه في الكتاب بالراهن، إذا وطئ [الجاريةَ][3]المرهونة، إن كانت بكرا، غرم نقصان البكارة للمرتهن، يكون رهنا عنده مع الجارية[4]، وإن كانت ثيبا لم ينقصها وطء الراهن، لا يضمن شيئا، ولا عقر عليه[5].

وقد قال مشايخنا: إن الراهن إذا وطئ المرهونة، يلزمه العقر، ويكون رهنا عند المرتهن؛ لأنه زالت يد الراهن عنها إلى غيره مع بقاء الملك، فكانت بمنزلة المكاتَبة، والمولى

(١) استرده: استرجعه فلان الشيء سأله أن يرده عليه. (القاموس الفقهي ١٤٧)

(٢) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٥.

(٣) مابين المعكوفتين زيادة من (ج).

(٤) من قوله: "إن كانت بكرا، غرم" ساقط من (ج) و (د).

(٥) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٨٤.

إذا وطئ المكاتبة، يلزمه العقر، وهذا ليس بصحيح.

والفرق بينها وبين المكاتبة، إن الراهن أوجب[1] للمرتهن يد الاستيفاء، ويد الاستيفاء لاتثبت إلا على ما يتصوّر منه الاستيفاء، وهو المال، والبُضع ليس بمال، فلايثبت عليها يد المرتهن، بخلاف الكتابة؛ لأن المولى بعقد الكتابة ما أوجب اليد للمكاتب، بل أزال يد نفسه عن المكاتب[2]، فظهرت يدها، وهي يد الحرية، ويد الحرية يد عامّة تظهر في حق المال وغير المال، فيغرم[3] عقر المكاتبة.

ولو أن البائع استردّ الجارية، ثم استوفى الثمن، ودفعها إلى المشتري، فوجد المشتري بها عيبًا، وقد كان المشتري وطئها وهي ثيب لم ينقصها وطؤها[4]، ردّها من غير رضى البائع بجميع الثمن[5]؛ لأن البائع لما استردها، بطل حكم وطئ المشتري، وصار ذلك كعيبٍ حدث عند المشتري بآفة سماويّة، فإذا استردّ البائع، بطل حكمه أصلا.

وإن كان البائع هو الذى وطئها، وهي بكر أو ثيب، لايجب عليه العُقر في قول أبي

---

(١) وفي (ج) و (د): "أثبت".

(٢) وفي (ج) و (د): "المكاتبة"، وهو خطأ.

(٣) غرم يغرم: غرم فلان غرمًا وغرامة، لزمه ما لا يجب عليه، ويقال: غرم الدية، والدين أداهما عن غيره، الغارم الذى يلتزم ما ضمنه وتكفل به. والغرام: التعلق بالشيء تعلقًا لا يستطاع التلخص منه، والعذاب الدائم، وفى القرآن الكريم ﴿والذين يقولون ربنا اصرف عنا عذاب جهنم إن عذابها كان غرامًا﴾ الفرقان: ٦٥. القاموس الفقهى ٢٧١.

(٤) وفي (ج) و (د): "لم ينقصها الوطء".

(٥) راجع «البحر الرائق» ٥/ ٤٨.

حنيفة، غير أنها إن كانت بكرا، تسقط حصّة البكارة من الثمن عن المشتري[1]، وله الخيار فيما بقى، كما لو أتلف جزأ منها[2].

وإن كانت ثيبا، لم ينقصها الوطئ، لايسقط شيء من الثمن عن المشتري، ولاخيار للمشتري[3]، هكذا ذكر هنا، وفي البيوع من "الأصل".

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله: أن له الخيار، وبه أخذ بعض المشايخ.

أمّا الكلام في الخيار: فوجه تلك الرواية أن المستوفى بالوطئ في حكم جزء من العين، فَفَواته يثبت الخيار للمشتري، وإن كان لا يقابله شيء من الثمن، كما لو فات جزء من أجزاءها عند البائع لابصُنع أحد.

وجه ظاهر الرواية أن المستوفى بالوطئ، وإن كان في حكم الجزء، لكنه جزء لايستحق بملك الأصل، ولهذا لو اشترى جارية، ولم يعلم أن البائع وطئها، ثم علم بعد ذلك، لاخيار له، عُلم أن هذا الجزء لايستحق بملك الأصل، ففَواته لايوجب الخيار للمشتري، ووطئ البائع لايُعَدّ عيبا قبل البيع، فلايُعدّ عيبا قبل القبض.

وأما الكلام في العقر[4]:

---

(١) «المبسوط» للسرخسي ١٣/ ٩٦، و «الفتاوى الهندية» ٥/ ١١٧، و«البحر الرائق» ٥/ ٤٨.

(٢) راجع «المبسوط» للسرخسي ١٣/ ٩٥.

(٣) وكذلك البائع إذا وطئ المبيعة قبل القبض، فإن كانت ثيبًا لم يسقط شيئًا من الثمن، ولا يتخير المشترى به فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى. «المبسوط» للسرخسى ١٣/ ٩٥.

(٤) راجع بدائع الصنائع ٧/ ٢٠٠ أيضًا تبيين الحقائق ٥/ ٢١٣.

عندهما: يجب العقر[1] على البائع، بكرا كانت أو لم تكن؛ لأن هذا وطئ حصل في ملك الغير، فلايخلو عن غرامة أو عقوبة، وقد انتفت العقوبة ههنا لأجل الشبهة[2]، فتعيّنت الغرامة.

ولأبي حنيفة: أن المستوفى بالوطئ جزء، فلايخالف سائر الأجزاء.

ولو أتلف البائع جزءا منها قبل القبض، لايضمن قيمته، فكذا إذا أتلف هذا الجزء لايضمن قيمته، ولايسقط شيء من الثمن؛ لأنه ليس بمال، فلايقابله الثمن.

وإذا ثبت أنه لايجب العقر بوطئ البائع في قول أبي حنيفة[3]، وعندهما يجب، بعد هذا لايخلو: إمّا إن كانت الجارية بكرا، أو ثيبا، فإن كانت ثيبا لاينقصها الوطئ عند أبي حنيفة، لايسقط شيء من الثمن.

وعندهما تسقط حصّة العقر من الثمن؛ لأن العقر وإن وجَب على البائع لايستوفي منه؛ لأن الجارية في ضمانه، ولو جَنى البائع عليها جناية أخرى، لايستوفي منه ضمان الجناية، بل تسقط حصّته من الثمن، كذلك هنا.

فإن كانت قيمتها ألفا، وعقرها مائة، يقسم الثمن على أحد عشر جزءا، فيسقط عن

---

(١) العقر: أصل كل شيء وفى الحديث الشريف: «عقر دار الإسلام الشام» أى أصله وموضعه، كأنه أشار إلى وقت الفتن، أى تكون الشام يومئذ فى أمن منها وأهل الإسلام بها أسلم الدار وسطها. دية فرج المرأة إذا غصبت نفسها، ثم استعمل فى المهر. (القاموس الفقهى ٢٥٧)

(٢) وفي (ج) و (د): "للشبهة".

(٣) راجع بدائع الصنائع ٧/ ١٩٩.

المشتري سهم[1]، ويكون له الخيار، إن شاء أخذها بعشرة أجزاءٍ من أحد عشر جزءً من الثمن، وإن شاء ترك.

وإن كانت بكرا ،عند أبي حنيفة تسقط حصة البكارة من الثمن، من غير اعتبار العُقر، ويأخذ الباقي[2] إن شاء.

وعندهما: ينظر إلى العقر، وإلى نقصان البكارة، فأيّهما كان أكثر، يدخل الأقل فيه، ويقسّم الثمن على الأكثر منهما، وعلى قيمة الجارية ناقصة، ولايعتبر الأمران؛ لأن المضمون واحد، وهو منفعة البضع، فلايتكرّر ضمانه، كمن شجّ[3] رأس إنسان، فتناثر شَعره، فإنه لايجمع بينهما، كذلك هنا.

فإن كان نقصان البكارة مائة، والعُقر مائتين، دخل النقصان في العقر، فيقسم الثمن على قيمة الجارية ناقصة، وذلك تسعمائة، وعلى العقر، وذلك مائتان؛ لأنا اعتبرنا المائة

(١) السهم: النصيب والجمع أسهم وسهام وسهمان بالضم أسهمت له بالألف أعطيته سهمًا ساهمته مساهمة بمعنى قارعته مقارعة استهموا اقترعوا والسهمة وزان غرفة النصيب وتصغيرها سهيمة وبها مسمى ومنها سهيمة نبت عمير المزنيّة امرأة يزيد بن ركانة التى بت طلاقها والسهم من النبل وقيل: السهم نفس النصل. (المصباح المنير ٢٩٣)

(٢) وفي (ج) و (د): "ويأخذها بالباقي".

(٣) الشجة: الجراحة وإنما سمّى بذلك إذا كانت فى الوجه أو الرأس والجمع شجاج مثل كلبة وكلاب وشجّات أيضًا على لفظها وشجّه شجًا من باب قتل على القياس ولغةً: من باب ضرب إذا شقّ جلده، ويقال: هو مأخوذ من شجت السفينة البحر إذا شقّته جارية فيه. (المصباح المنير ٣٠٥)

مرّة، حتى ضممناها إلى العقر، وأدخلناها فيه[1]، فيقسم على أحد عشر، فيسقط سهمان من أحد عشر، ويلزمه تسعة من أحد عشر.

وإن كان العقر مائة، والنقصان مائتين، دخل العقر فيه، فيسقط حصّة النقصان، وهو خمس الثمن، ويأخذها بأربعة أخماس الثمن، إن شاء.

وذكر محمد في «الرقّيات»[2]، فيما إذا كان العقر أكثر من النقصان غير هذا، فقال: رجل اشترى جاريةً بمائة، فوطئها البائع، وهي بكر، فنَقَصها عشرين، والعقر أربعون، قال: تسقط حصة النقصان، وهو خمس الثمن، يبقى ثمانون، ثم يدخل من العقر قدر النقصان في النقصان، وهو عشرون، يبقى من العقر عشرون، يقسّم ما بقي من الثمن، وذلك ثمانون، على ما بقي من العقر، وذلك عشرون، وعلى قيمتها ناقصة، وذلك ثمانون أخماسا، فيسقط ما أصاب العقر ستة عشر، وهو خمس ثمانين، ويبقى أربعة وستون، فكان الساقط من الثمن ستة وثلاثين.

وعلى قياس جواب الكتاب، يقسّم الثمن على قيمتها ناقصة، وهي ثمانون، وعلى العقر، وذلك أربعون، فيصير الثمن أثلاثا، يسقط ثلث الثمن[3]، وهو ثلاثة وثلاثون

---

(١) كذا في (ا) و (ب) و (ج) و (د)، وزادت في الأصل هنا عبارة: "وعلى العقر، وذلك مائتان"، وهو خطأ وتكرار.

(٢) من تصنيف الإمام محمد رحمه الله، ومن كتب «النوادر» التي رويت بطريق الآحاد، و«الرقّيات»: هي المسائل التي فرّعها محمد بن الحسن حينما كان قاضيا بالرقّة، وهي من مدن ديار بكر، رواها عنه محمد بن سماعة، وكام معه طولَ بقاء محمد بن الحسن بها. انظر: «بلوغ الأماني» ص٦٤، وإتحاف السادة المتقين، ٢/ ٢٩٩.

(٣) "الثمن" ساقط من (ج) و (د).

وثلث، ويبقى ثلثاه، وذلك ستة وستون وثلثان، ولم تختلف الروايات في الوجه الآخر، وهو ما إذا كان العقر أقلّ من نقصان البكارة.

رجل اشترى عبدًا، ولم يقبضه، حتى اكتسب أكسابا، ثم نقد الثمن، وقبضه، فإن الكسب يكون للمشتري، ويتصدّق به؛ لأنه ربح حصل في ضمان غيره، فلايطيب له.

كما لو اشترى عبدا يساوي ألفين بألف، فقتل قبل القبض، واختار المشتري، أخذ القيمة، فإنه يتصدق بالفضل، إذا أخذ القيمة من الدراهم؛ لأن بيع الألف بالألفين باطل، فيتمكّن فيه نوع خبث.

وإن أخذ القيمة من الدنانير، أو الإبل، أو الغنم، لايتصدق بشيء؛ لأن الربا لايظهر عند اختلاف الجنس في حقيقة البيع، فلاتتمكن شبهة الخُبث في القبض بحكم العقد.

أمّا في مسألتنا يتصدّق بالكسب على كل حال؛ لأن الكسب لاحصة له من الثمن، فكان ربحًا، وإن كان من خلاف الجنس، وأنه ربح حصل في ضمان غيره، فيتصدق به[1].

بخلاف الولد الحادث، والثمن الحادث قبل القبض، حيث لايتصدق به؛ لأن الولد[2] يصير مقصودا بالقبض، ويأخذ قسطًا[3] من الثمن، فلايكون ربحا، أما

---

(١) سقط قوله: "فيتصدق به" من (ج) و (د).

(٢) "الولد" ساقط من (ج) و (د).

(٣) القسط: الحصة والنصيبه، ويقال: أخذ كل واحد من الشركاء قسطه أى حصته وكل مقدار فهو قسط فى الماء وغيره وتقسّطوا الشىء بينهم تقسّموه على العدل والسواء والقسط بالكسر العدل وهو من المصادر الموصوف بها كعدل يقال: ميزان قسط. «لسان العرب»، القاف مع الشين

الكسب: لاحصّة له من الثمن، فكان ربحًا.

وعن أبي يوسف أنه لايتصدق بالكسب؛ لأن الربح إنما يظهر، فيما يكون مبيعا، والكسب لاقسط له من الثمن، فلايكون مبيعا.

ومحمد رحمه الله استشهد(1) بفضل الجناية: إذا قُتِل المبيع قبل القبض، وقيمته أكثر من الثمن، فأخذ المشتري القيمة من الدراهم، فإنه يتصدق بالفضل(2)، وإن لم تكن القيمة مقابلا بالثمن، وإنما يلزمه التصدق لمكان صورة المقابلة عند القبض، كذلك هنا.

ولو انتقض بيع الجارية(3) بينهما، وعاد إلى البائع بعد ما اكتسب أكسابا قبل القبض(4)، يكون الكسب للبائع عندهما، ويتصدق به؛ لأنه ربح حصل في ضمانه على ملك الغير، وأثر الملك في طيب الربح فوق أثر الضمان.

فلما لم يسلّم الكسب للمشتري لعدم الضمان، ولزمه التصدق؛ لأن لايطيب للبائع لعدم الملك، كان أولى، وهو بمنزلة ما لو قتل عند البائع، وقيمته أكثر من الثمن، واختار المشتري فسخ العقد، وأخذ البائع القيمة من القاتل، فإنه يسلم له من القيمة مقدار الثمن،

١١/ ١٦١.

(١) استشهدت فلانًا على فلان إذا سألته أقامه شهادة احتمله.

(٢) فضل: الفضل والفضلة البقية من الشيء وأفضل فلان من الطعام وغيره إذا ترك منه شيئًا، ابن السكيت فضل الشيء يفضل وفضل يفضل قال: وقال أبو عبيدة: فضل منه شيء قليل فإذا قالوا: يفضل شموا الضاد فأعادوها إلى الأصل إلخ. (لسان العرب الفاء مع الضاد ١٠/ ٢٨٠)

(٣) وفي (ج) و (د): "انتقض البيع".

(٤) "بعد ما اكتسب أكتسابا قبل القبض" ساقط من (ا) و (ب).

ويتصدق بالفضل، كذلك هنا.

ولو باعها بشرط الخيار للبائع، فقبضها المشتري، واكتسبت أكسابا عنده، ثم انفسخ البيع بينهما بحكم الخيار، كان الكسب للبائع، ولايتصدق به؛ لأن خيار البائع يمنع زوال العين عن ملكه[1]، فكان الكسب حاصلا على ملك البائع، فلايتصدق به، وإن تمّ البيع بينهما تصدّق المشتري بالكسب؛ لأنه ربح حصل في ملك الغير، وفي ضمانه.

وكذا إن كان الكسب قبل القبض يتصدّق بالكسب؛ لأنه ربح حصل لا في ملكه وضمانه.

وإن هلكت الجارية[2] عند المشتري في مدة الخيار، ضمن المشتري قيمتها، ويكون الكسب للمشتري[3]، ويتصدق به؛ لأنها مضمونة عليه بالقيمة، فكانت كالمغصوبة، والمغصوبة إذا اكتسبت أكسابا، ثم استردّها المالك استردّ الكسب، ولايتصدق بشيء.

وإن ضمن الغاصب قيمتها، بأن أبقت، أو ماتت، كان الكسب للغاصب، يتصدق به، كذلك هنا؛ لأن ضمان القيمة لايخلّ بالملك، فلايوجب شبهة في حق المالك.

رجل مات، وترك ثلاث جوار، تساوي كل واحدة منهن ألفا، وأوصى بواحدة بعينها لرجل، ومات الموصي، فاكتسبت[4] أكسابا، أو ولدت ولدا قبل القسمة، دخل

(١) «الهداية» ٣/ ٣٠، «البحر الرائق» ٨/ ٨٧.

(٢) "الجارية" ساقط من (ج) و (د).

(٣) العبارة في (ج) و (د): "والكسب له".

(٤) في (ا) و (ب): "فاكتسب بعد موته إكسابا".

الكل في الوصية[١]، ويجعل الكل مال الميت، إلاأن عند أبي حنيفة: تنفذ الوصية في الأم أوّلا، فإن فضل من الثلث شيء، يعطى له الفضل من الولد[٢] والكسب[٣].

وعند أبي يوسف ومحمد[٤]: تنفذ الوصية بقدر الثلث في الكل، ولايبدأ بشيء قبل شيء، وهي معروفة في الوصايا[٥]، ومقصوده من إيرادها هنا هي دعوى المناقضة

(١) الوصية لغةً: اسم من الإيصاء كالوصاة بالفتح والقصر ولوصاية بالفتح والكسر، يقال: أوصيت أى فرضت إلى زيد لعمرو بكذا، فهو موصى وذلك وصي، ويقال له: الموصى إليه، وموصى له، والمال موصى به، ويقال له: الوصية كما فى "النهاية" والقاموس.
وشرعًا: إيجاب أى إلزام شيء من مال أو منفعة لله تعالى أو لغيره، وهذا شامل للبيع والإجارة والهبة والعارية وغيرها بعد الموت فخرج للكل فإنها إيجاب فى حال الحياة، وإنما سمى بالوصية لأن الميت لما أوصى به وصل ما كان من أمر حياته بما يعده من أمر مماته، يقال: وصيت الشيء بالشيء إذا وصلته به كما فى الكرماني. «جامع الرموز» ٤/ ٥٩٤، و «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٧٨، و «طلبة الطلبة» ص٣٤٢، و «المغرب» ص ٦.

(٢) فإن بقى شيء من الثلث، فله ذلك من الولد والهبة في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى. «المبسوط» للسرخسى ٢٨/ ٥، وكذا فى «الفتاوى البزازية» بهامش «الفتاوى الهندية»٦/ ٤٣٣.

(٣) وجّه الفقيه أبو الليث السمرقندي لأبي حنيفة: بأن الحكم يثبت في الولد والكسب تبعا للأم، فلايجوز إثبات الحكم في التبع على وجه يبطل الحكم في الأصل أو في نفسه. «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي، تحقيق دكتور عبد الرحمن مبارك الفرج، ٧/ ٣٣٣٠، وانظر: ««المبسوط»» ٢٩/ ١٣، و«البناية» للعيني ١٠/ ٤٦٩، و«بدائع الصنائع» ١٠/ ٤٩٦٠.

(٤) وفي (ج): "وعندهما".

(٥) راجع كتاب الوصايا من هذا الشرح، باب الوصية التي تكون لواحد ثم تصير لإثنين.
ويرى الإمام أبويوسف ومحمد رحمهما الله أنه لا يقدم شيئ من ذلك على شيئ، لأن حدوث

على أبي حنيفة رحمه الله، فإنه قال: وهذا عندنا ترك من أبي حنيفة.

قوله: "في كسب المبيعة" أراد بذلك أن في فصل الوصية سوّى بين الكسب والولد، وفي باب البيع فرّق بينهما.

وفي باب البيع[1] جعل الكسب للمشتري على كل حال، باعتبار قيام الملك له في الأصل وقت الكسب، وفي مسألة الوصية لم يجعل الكسب للموصى له.

وإن كانت الجارية ملكا له وقت الكسب؛ لأنها كانت تخرج من الثلث، والوصية بقدر الثلث لا تحتاج إلى التنفيذ، ولهذا لو أعتقها الموصى له، نفَذَ إعتاقه.

والفرق لأبي حنيفة أن الوصيّة بقدر الثلث، وإن صارت ملكا[2] للموصى له بموت الموصي، لكنه غير متأكّد[3]، حتّى لو قلّ ماله قبل القسمة، يبطل الملك بقدره[4].

ولو ظهر دَين، أو وصية، يقضى دَينه من الزوائد الحادثة قبل القسمة، ويعتبر قيمة الوصية يوم القسمة، فكانت ملكا للموصى له، ولغيره حق التملّك، وهو معنى ما قال

ذلك بعد تمام السبب، وقيل: تمام الملك بمنزلة المقترن بأصل السبب. «المبسوط» ٢٨ / ٤٩.

وإن الحادث بعد الوصية قبل القبض، كالموجود عند العقد، فصار كأنه أوصى بالكل. انظر: «المبسوط» ٢٩/ ١٣، «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي، ٧/ ٣٣٣٠.

(١) قوله: "في باب البيع" ساقط من (ج) و(د).

(٢) "ملكا" ساقط من (ج) و(د).

(٣) راجع: «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٨٥، و«المبسوط» للسرخسي ٢٨/ ٣١.

(٤) راجع: «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٨٥، و«المبسوط» ٢٨/ ٣١.

مشايخنا: إن التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميّت[1]، فكان الكسب حاصلا على ملك الموصى له، وللوارث فيه سبب الملك.

فأما المبيعة مملوكة للمشتري، ليست مبقاة على حكم ملك البائع.

وكذا الصّداق ملك المرأة، غير مبقى على ملك الزوج، فكان الكسب سالما للمشتري والمرأة، وإن انتقض الملك في الأصل بعد ذلك، وإنما نفذنا الوصية في الأم؛ كيلا يكون الولد مزاحما للأصل.

والله أعلم بالصواب

(١) انظر «المبسوط» للسرخسي ٢٨/ ٥٠.

باب العبد يشتري بأقل ممّا بيع به ما يجوز من ذلك ومالايجوز

بنى الباب على أن شراء ما باع، أو بيع له، بأقلّ ممّا باع قبل استيفاء الثمن الأول فاسد عندنا[1] استحسانا، والقياس أن يجوز[2]، وهو قول الشافعي[3] رحمه الله.

---

(١) انظر: «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٢، «فتح القدير» و«العناية» ٦/ ٦٩، «البحر الرائق» ٦/ ٨٢، «تبيين الحقائق» ٤/ ٥٤، «ردّ المحتار» ٥/ ٧٤، «جامع الرموز» للقهستاني ٣/ ٤٥٩.

(٢) يقول الإمام علي بن زكريا المنبجي بعد مناقشة المسألة وعرض الأدلة: هذه المسألة من أكبر الأدلة على أن أبا حنيفة يقدّم الخبر الواحد على القياس، فإنا قدّمنا قول الصحابي رضي الله عنه على القياس، فبطريق الأولى أن يقدّم قول رسول الله ﷺ على القياس. انظر «اللباب في الجمع بين السنة والكتاب» ٢/ ٥٠٦.

(٣) إذا اتخذ عقد البيع وسيلة لتحقيق غرض غير مشروع شرعا فهل ينعقد البيع لوجود أركانه من الإيجاب والقبول، أو يعتبر غير صحيح لسببه غير المشروع، مثل أن يبيع الشخص مائة طن من الحنطة بخمسة آلاف ريال لاتقبض إلا بعد سنة، ثم يشتريها البائع من المشتري بأربعة آلاف يدفعها إليه فورا، فمثل هذه البيوع تسمّى عند المالكية "بيوع الآجال"، وعند بعض العلماء "بيوع العينة"، فقال الشافعية والظاهرية: هذا البيع صحيح مع الكراهة، لتوافر أركانه، وهو الإيجاب والقبول الصحيحان، ولاعبرة في إبطال العقد بالنية التي لانعرفها لعدم وجود ما يدل عليها، فيترك أمر النية لله وحده يعاقب صاحبها عليها.

وجمهور الفقهاء من الحنفية المالكية والحنابلة قالوا بفساد هذا البيع وعدم صحته، لأنه ذريعة إلى الربا، وبه يتوصّل إلى إباحة ما نهى الله عنه فلايصح. انظر: «مختصر اختلاف العلماء»

واعتمادنا في شراء ما باع على حديث عائشة(١) رضي الله عنها أن امرأة(٢) جاءت إليها، وقالت: إني بعتُ من زيد بن أرقَم(٣) جاريةً بثمان مائة إلى العَطاء، ثم اشتريتُها منه بستمائة قبل نقد الثمن، فقالت عائشة رضي الله عنها: «بئسَما شريت، وبئسما اشتريت، أبلغي زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حَجّه وجهادَه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم،

للجصاص، ٣/ ١١٣، ١١٦. «بدائع الصنائع» ٧/ ٣١٤، «البناية» للعيني ٦/ ٤١٥، «تبيين الحقائق» ٤/ ٥٥، «فتح القدير» ٦/ ٦٧، ٦٨، حاشية الدسوقي ٣/ ٩١، مواهب الجليل للحطاب ٤/ ٤٠٤، القوانين الفقهية ص ٢٥٨، الشرح الصغير ٣/ ١٣٠، المغني ٤/ ١٧٥، «المجموع» ١٠/ ١٢٤، الميزان ٢/ ٧٠.

(١) هي عائشة بنت أبي بكر الصديق، رضي الله عنهما، أم المؤمنين، تزوجها النبي ﷺ قبل الهجرة، وبنى بها بعد الهجرة، وهي من أكثر الصحابة رواية للحديث، وكانت عائشة من أفقه وأعلم الناس، توفيت بالمدينة عام ٥٧ هـ ينظر ترجمتها في: أسد الغابة ت٧٠٩٣، الاستيعاب ت ٣٤٧٦. الإصابة ت ١١٤٦١، تهذيب الكمال ١٦٨٨، تاريخ الإسلا ٢/ ٢٩٤.

(٢) هي "أمّ محبّة"، كما صرّحت بها في رواية الدارقطني، ٣/ ٥٢.

(٣) هو زيد بن أرقم بن زيد بن قيس بن النعمان بن مالك بن الأغر بن ثعلبة بن كعب بن الخزرج. مختلف في كنيته، قيل أبو عمر، وقيل أبو عامر، واستُصغِر يوم أحد، وغزا مع النبي صلى الله عليه وآله وسلم سبع عشرة غزوة، وأول مشهده الخندق، ثبت ذلك في الصحيح، وله حديث كثير، وله قصة في نزول سورة المنافقين في الصحيح، وشهد صفين مع علي، و مات بالكوفة أيام المختار سنة ست وستين، وقيل سنة ثمان وستين.

انظر: الجمع بين رجال الصحيحين ١/ ١٤٣، تاريخ ابن عساكر ٦/ ٢٦٨، تهذيب الكمال ٤٥٠، العبر ١/ ٧٣، الثقات لا بن حبان ٣/ ١٣٩، معجم البلدان ١/ ٨٧٩، سير أعلام النبلاء ٣/ ١٦٥: ١٦٨، تحفة الأشراف ٣/ ١٩١: ٢٠٥، أسد الغابة ت ١٨١٩، الا ستيعاب ت ٨٤٢.

إن لم يتُب»[1]، ومقادير الجرائم لاتُعرف إلا سماعا، فكان ذلك كالمرويّ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم[2].

---

(١) روى الدارقطني عن يونس بن أبي اسحاق عن أمّه العالية بنت أنفع، قالت: «حججت أنا وأمّ محبة فدخلنا على عائشة رضي الله عنها، فقالت لها أم محبة: يا أم المؤمنين! كانت لي جارية، وإني بعتُها من زيد بن أرقم بثمان مائة درهم إلى عَطائه، وأنه أراد بيعها، فابتعتها منه بستمائة درهم نقدا، فقالت: بئس ما شريت وما اشتريت، فأبلغي زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن يتوب» سنن الدارقطني، كتاب البيوع ٣/ ٥٢، ورواه البيهقي بزيادة: «فقالت: أرأيتِ إن لم أجد إلا رأس مالي، فقالت عائشة: فمَن جاءَه مَوعِظة مِن ربّه فانتهى فله ما سلَف» انظر سنن البيهقي ٥/ ٣٣٠، وقد قوى سنده ابن التركماني في الجوهر النقي ٥/ ٣٣٠.

وأخرجه الإمام أحمد في مسنده، قال في التنقيح: إسناده جيد، انظر جامع الأصول ١/ ٤٧٨ و"العالية" امرأة جليلة القدر، قال في طبقات ابن سعد: «العالية بنت أنفع بن شراحيل، امرأة أبي اسحاق السبيعي، سمعت عائشة رضي الله عنها» طبقات ابن سعد ٨/ ٣٥٧.

كما ورد في تحريم "بيع العينة" حديث آخر: قال رسول الله ﷺ: «إذا ضَنّ الناس بالدينار والدرهم، وتبايعوا بالعينة، وأتبعوا أذناب البقر، وتركوا الجهاد في سبيل الله، أنزل الله بهم بلاء، فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم» أخرجه الإمام أحمد وأبوداؤد عن ابن عمر، وأخرجه أيضا الطبراني وابن قطّان وصحّحه، انظر: نيل الأوطار ٥/ ٢٠٦.

(٢) يقول الإمام الجصاص معلّقا على أثر عائشة رضي الله عنها: "ولا جائزٌ أن يكون هذا القول منها إلا توقيفا عن الرسول عليه السلام، والدلالة على ذلك من وجهين: أحدهما: أن ما كان طريقه الاجتهاد والرأي، لا يلحق فاعله فيه الوعيد. والثاني: لأن مقادير عُظم الأجرام لا تعلم إلا توقيفا، كما أخبرت بمقدار الجرم، فإن مثله يبطل الاجتهاد، فعلم أن ذلك توقيفا. انظر «شرح

والمعنى فيه أن الثمن قبل القبض ليس في ضمان البائع، فإذا أعاد إليه المبيع بالصفة التي خرج عن ملكه مع بعض الثمن، كان ذلك ربح ما لم يضمن، وأنه حرام بالنص[1]، وتمامه يعرف في «المختلف»[2].

وأمّا شراء ما بيع له[3]؛ لأن المنع عن شراء ما باع ربح ما لم يضمن، وذلك حاصل

مختصر الطحاوي» لأبي بكر الجصاص، ١/ ١٥١. وحكى عن الإمام أبي جعفر الطحاوي كلام مثله، انظر «مختصر اختلاف العلماء» للجصاص، ٣/ ١١٥.

(١) انظر «فتح القدير» مع «الهداية» ٦/ ٧١.

(٢) الظاهر أنه يقصد كتاب: «مُخْتَلَف الرواية» للفقيه أبي الليث السمرقندي، فقد تعرّض للمسألة في كتاب البيوع، باب ما قاله الشافعي خلافا لعلمائنا. و وجّه لرأى الإمام الشافعي بقوله: له: إنه لو اشتراه منه بثوب قيمته أقلّ مما باعه، يجوز، فكذا هذا، وكذا لو اشتراه من غير مَن باعه، يجوز لوجود شرائطه، فكذا هذا. ثم ذكر أدلة الحنفية قائلا: "لنا: إنه متى لم ينقد الثمن، كان حكم الاصطلاح الأول قائما، وهو اصطلاحهما على أن ماليته مقدّرة بالثمن الأول. فإذا اشتراه بأقلّ منه مع بقاء ذلك التقدير، فقد اشترى ما لا مقدرا بألف و خمسمائة، فيكون ربا، فلا يجوز، وقد عرف. انظر «مُخْتَلَف الرواية» للفقيه أبي الليث السمرقندي، تحقيق دكتور عبد الرحمن الفرج، ٦/ ٢٦١٩. غير مطبوع، قدّمه المحقق لنيل درجة الدكتوراة في كلية الشريعة بالرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود الاسلامية.

(٣) قوله: "بيع له"، أي: بأن باع وكيله، وذكر في «الفتاوى الهندية» نقلا عن الكافي ما يوضّح المسألة بجميع قيودها، فقال: ولم يجز شراؤه وشراء من لا تصحّ شهادته له، ما باع بنفسه، أو بيع له بأن باع له وكيله، بأقلّ مما باع قبل نقد الثمن، لنفسه أو لغيره من مشتريه، أو من وارثه، لا من الموهوب له والموصى له، والمبيع لم ينقص ذاتا، واتحد الثمنان جنسا. «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٢.

في الفصل الثاني، لما نذكر بعد هذا[١].

وفي الباب فصلان: أحدهما: أن يكون العبد لاثنين، والثاني: أن يكون العبد لواحد.

أمّا الفصل الأول:

عبد بين رجلين، فباعاه من رجلٍ بألف درهم إلى سنة، ثم اشتراه أحدهما بخمسمائة حالّة، جاز شراءه في نصف العبد بنصف الثمن الثاني، وبطل في النصف الآخر؛ لأن بيع كل واحد منهما منصرف إلى نصيبه خاصّة، حملا لتصرّفه على جهة الأصالة والملك.

ولهذا لو انفرد أحدهما ببيع النصف، ينصرف بيعه إلى نصيبه خاصّة؛ حملا على الصحة، فكان كل واحد منهما بائعا نصيبه، أجنبيا عن نصيب الآخر، فإذا اشتراه أحدهما بخمسمائة، فسد شراءه فيما باع هو لما قلنا، وجاز شراءه في نصيب صاحبه؛ لأنه في نصيب صاحبه ليس ببائع، ولا بيع له.

وفساد البيع في نصيبه لايتعدّى إلى الباقي؛ لأنه فساد ضعيف، لمكان أن شبهة الربا مجتهد فيها، فلا يؤثر في الباقي[٢]؛ لأن فيه اعتبار شبهة الشبهة، وذلك لايجوز[٣].

---

(١) "بعد هذا" ساقط من(ا) و (ب).

(٢) لأن الفساد طارئ، لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصّة، فلا يسري إلى غيرها. كذا علّل له المرغيناني في «الهداية» ٦/ ٤٠١.

(٣) بيانه أن في المسألة الأولى إنما لم يصحّ شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربا، وسلامة الفضل للبائع الأول بلا عوض ولا ضمان يقابله، والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربا، فلو اعتبرناها في النصيب الذي ضمّ إليه، كان ذلك اعتبارا لشبهة الشبهة، وهي غير معتبرة. انظر «فتح

فرق أبو حنيفة بين هذا، وبين ما لو أسلم[1] حنطة في شعير وزيت؛ حيث لايجوز العقد[2] في الكل[3]؛ لأن إسلام المكيل في المكيل حرام عند الكل، فتعدّى إلى الباقي، ولاخيار له، لأنه لمّا اشترى مع علمه أنه لايسلم له إلا النصف، كان راضيا بعيب الشركة، فلا يخيّر.

ولو قالا: "بعناك هذا العبد بألف، بعناك[4] نصيب كل واحد منّا بخمسمائة"، أو قالا ابتداءً: "بعناك نصيب كل واحد منا بخمسمائة"، ثم اشترى أحدهما قبل استيفاء الثمن جميع العبد بخمسمائة، جاز شراءه في الربع بربع خمسمائة، لأن شراء نصيبه لايجوز، لأن نصف نصيبه باع هو بنفسه، ونصف نصيبه باع له شريكه بأمره[5]، فلا يجوز شراءه أيضًا.

وأما نصيب صاحبه، فنصف ذلك باع هو وكالةً بتوكيل صاحبه، فلا يجوز له أن

القدير» و«العناية» ٦/ ٤٠١، و «البحر الرائق» ٦/ ٨٣، و«منحة الخالق على البحر الرائق» لابن عابدين ٦/ ٨٣.

ونصّ عليه في «الفتاوى الهندية» بقوله: صحّ البيع في المضموم إلى شراء ما باعه بأقلّ قبل نقد الثمن. «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٣.

(١) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "إذا أسلم".

(٢) "العقد" ساقط من(ا) و (ب).

(٣) لأن مذهب الإمام أبي حنيفة أن البيع إذا فسد بعضُه فسد كله إذا كان الفساد مقارنا. انظر «فتح القدير» لابن الهمام ٦/ ٤٠١.

(٤) "بعناك" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "بأمره" ساقط من(ا) و (ب).

يشتريه، ونصفه باع صاحبُه بنفسه، فكان له أن يشتريه؛ لأنه أجنبيّ عن ذلك، فلهذا جاز شراءه في نصف النصف، وهو الربع بربع الخمسمائة.

ولو باعه بألف نسيئةً، ثم وكّل رجلا بالشراء، فاشتراه الوكيل بخمسمائة قبل نقد الثمن، جاز شراءه للموكل في قول أبي حنيفة[1]، ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله[2].

لهما: أن التوكيل إنابة، وإقامة الغير مقام نفسه، فلا يملك التوكيل إلا بما يملكه بنفسه.

وأبو حنيفة فرّق بين الوكيل بالبيع، وبين الوكيل بالشراء، إذا باع الوكيل، ثم اشترى الموكِّل قبل نقد الثمن بأقلّ مما باع الوكيل لا يصح.

ولو باع بنفسه، ثم وكل وكيلا بالشراء، فاشترى الوكيل قبل نقد الثمن بأقلّ مما باع الموكّل، جاز[3]، جَعل بيع الوكيل كبيع الموكل، ولم يجعل شراء الوكيل كشراء الموكل[4].

والفرق أن الوكيل بالبيع استفاد ولاية التنفيذ[5] من جهة الموكل، فإذا استَنَد نفاذ العقدين إلى ولاية واحدة، كان بيعه كبيع الموكل.

---

(١) «الفتاوى الهندية» نقلا عن «الخلاصة» ٣/ ١٣٣.

(٢) راجع «فتح القدير» ٦/ ٣٩٧، و «البحر الرائق» ٦/ ٨٣، و «جامع الرموز» للقهستاني ٣/ ٤٥٩.

(٣) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٣، و «جامع الرموز» ٣/ ٤٦٠.

(٤) انظر «البحر الرائق» ٦/ ٨٣ وحاشية ابن عابدين على «البحر الرائق» المسماة بـ «منحة الخالق» ٦/ ٨٣.

(٥) ورد في (ج) و (د): "استفادت الولاية". و "التنفيذ" ساقط من (ا) و (ب).

أما الوكيل بالشراء كان يملك الشراءَ لنفسه قبل التوكيل، وإنما ثبت للموكل حكم شراءه، فيجعل كأنه اشتراه لنفسه ثم باعه من الموكل، ولو فعل ذلك جاز، كذلك هنا.

ولو وكل بالشراء أوّلاً، فاشتري الوكيل، وقبض، ثم باع بنفسه ما اشتراه الوكيل من بائعه، بأقلّ، لم يجزه[1] جَعل شراء الوكيل كشراءه هنا؛ لأنه إنما ملك البيع بذلك الشراء، فيجعل شراء الوكيل في حق هذا البيع كشرَاءه.

هذا كله إذا اشتراه أحدهما، فإن اشترياه، أما في الفصل الأول: بأن باع كل واحد منهما نصيبه[2] بخمسمائة، ثم اشترياه قبل نقد الثمن بخمسمائة، جاز شراء كل واحد منهما في الربع بربع خمسمائة؛ لأنهما إذا اشترياه، فقد اشترى كل واحد منهما نصفا شائعا نصفه مما كان له ففسد، ونصفه مما كان لصاحبه فجاز؛ لأنه أجنبيٌ في نصيب صاحبه، ليس ببائع، ولابيع له.

ثم فرّق بين البيع وبين[3] الشراء إذا باعاه، ينصرف بيع كل واحد منهما إلى نصيبه، وإذا اشترياه ينصرف شراء كل واحد منهما إلى نصف شائع، وإنما جعل كذلك؛ لأن النصف المطلق، هو النصف الشائع، إلا أن في البيع صرفنا بيع كل واحد منهما إلى نصيبه تنفيذا للعقد، وفي الشراء أمكن العمل بالحقيقة، فيعمل بالحقيقة[4].

---

(١) وفي (ا) و (ب) "لم يجز".

(٢) "نصيبه" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "بين" ساقط من (ج) و (د).

(٤) وفي (ا) و (ب) و (ج) و (د): "فيعمل بها".

ثم فرّق بين هذا، وبين ما لو باع كرّ حنطة، وكرّ شعير بكرّي حنطة، وكرّي شعير[١]، يصرف الجنس إلى خلاف الجنس، تحرّيا للجواز، وهنا لم يصرف شراء كل واحد منهما إلى نصف صاحبه تحرّيا للصحة؛ لأن بيع الكرّ بالكرّين من جنس واحد فاسد عند العلماء، وأنه أمر ظاهر، والعاقل يقصد الصحة دون الفساد، فكان قاصدا صرف الجنس إلى خلاف الجنس.

أما هذا فسادٌ خفي[٢]، ولهذا اشتبه على كثير من العلماء، وبدون العلم لايقصد التنفيذ، حتى لو قصد، وقال: "بعني نصيب صاحبي" جاز شراءه في الكل، ولو قال: "بعني نصيبي" لم يجز في شيء منه.

ولو باعا نصيب كل واحد منهما، ثم اشترياه جميعًا، جاز شراء كل واحد منهما[٣] في ثمن العبد بثمن الخمس مائة، لما قلنا إن شراء كل واحد منهما نصف العبد، انصرف إلى نصيب شائع نصف هذا النصف مما كان له، ففسد شراءه في ذلك.

بقي من هذا النصف نصيب صاحبه، وهو الربع، نصفه باع هو بوكالة صاحبه، فلا يجوز، ونصفه باع صاحبه بنفسه، فيجوز في ربع النصف، وهو ثمن الكل بثمن خمسمائة، وفسد في[٤] الباقي، ولايختلف الجواب في الفصول كلها، فيما إذا باعاه من

(١) في(ا) و (ب) "لوباع كر حنطة بكر حنطة وكر شعير".

(٢) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): "فساده خفي".

(٣) "منهما" ساقط من (ج) و (د).

(٤) وفي (ج) و (د): "فسد الباقي" وهو خطأ.

واحد، أو من[1] اثنين.

رجل له عبد باعه مع أجنبيّ من رجل بألف درهم إلى سنة، ثم اشتراه الذي كان له بخمسمائة، لم يجز؛ لأن النصف منه باعه بنفسه، والنصف الآخر باعه وكيله، فوجد المفسد في الكل.

ولو اشتراه الأجنبي الذي كان معه في البيع[2] بخمسمائة لنفسه أو لغيره، جاز شراءه فيما باع الموكل، وبطل فيما باع الوكيل؛ لأنه لم يوجد المفسد فيما باع الموكل، ووجد المفسد فيما باع الوكيل؛ لأن الوكيل في البيع بائع لنفسه من وجه دون وجه.

فإذا اشتراه بأقلّ من الثمن الأول، فمن حيث أنه كان بائعا لنفسه، لايجوز شراءه، ومن حيث أنه كان بائعا لغيره، جاز شراءه، فترجّح جانب الفساد احتياطا، بخلاف الوكيل بالشراء في قول أبي حنيفة، لأنه مشترٍ لنفسه من كل وجه.

ولو باع[3] الأجنبيّ كله، ثم اشتراه أحدهما بأقل مما باع، لايجوز، أما الأجنبي فلأنه بائع، وأما المالك فلأنه بيع له، فوجد المفسد في شراء كل واحد منهما، فلا يجوز[4].

عبد بين رجلين باعاه من رجلين بألف درهم إلى سنة، وسلّماه إلى المشتري[5]، ثم

---

(١) "من" ساقط من (ج) و (د).

(٢) سقطت العبارة: "الذي كان معه في البيع" في (ا) و (ب).

(٣) في (ا) و (ب) "ولوباعه".

(٤) "فلا يجوز" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) في (ا) و (ب): "المشتريين".

اشترياه جميعًا بخمسمائة درهم[١] حالّة، جاز شراءهما في النصف[٢]، لكل واحد منها في ربعه[٣] وهذا وما لو باعاه من واحد سواء في الوجوه كلها؛ لأن كل واحد منهما صار بائعا نصيبه؛ لما قلنا.

فإذا اشترياه، [فقد][٤] اشترى كل واحد منهما نصفا شائعا، نصف هذا النصف مما كان له، فلا يصح، ونصف هذا النصف[٥]، وهو الربع مما كان لشريكه، فجاز شراءه في ذلك[٦]؛ لأنه ليس ببائع، ولابيع له، فلهذا جاز شراء كل واحد منهما في الربع، كما لو باعاه من واحد ثم اشترياه منه.

رجل باع[٧] عبدَه على أن فلانا بالخيار ثلاثة أيام، فأجاز المشروط له الخيار البيعَ، ثم اشتراه المشروط له الخيار لنفسه، أو لغيره بأقل من الثمن الأول، قبل نقد الثمن، جاز الشراء[٨]؛ لأنه ما باع، ولابيع له[٩].

---

(١) "درهم" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ا) و (ب): "جاز شراء كل واحد منهما في الربع بربع الخمسمائة"

(٣) قوله: "لكل واحد منهما في ربعه" ساقط من(ا) و (ب).

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٥) في (ا) و (ب) "ونصفه".

(٦) "شراءه في ذلك" ساقط من(ا) و (ب).

(٧) في (ا) و (ب) "ولو باع".

(٨) "الشراء" ساقط من(ا) و (ب).

(٩) ذكره في «الفتاوى الهندية» بقوله: باع عبدا بألف نسيئة، وشرط الخيار لأجنبي، فأجاز المشروط له الخيار، البيعَ، ثم اشتراه الأجنبي بخمس مأة قبل نقد الثمن جاز، وإن كان البائع هو الذي

فإن قيل: الإجازة بمنزلة البيع، ألا ترى أن البائع إذا شرط الخيار للشفيع، فأجاز البيع، وأسقط الخيار، لايكون له الشفعة، ويصير بمنزلة البائع.

قلنا: العبرة للمعنى دون الصورة، ففي فصل الشفعة: من باع أو بيع له، لايكون له الشفعة[1]؛ لأنه لو أخذها[2] بالشفعة، يصير ساعيا في نقض ما تمّ به، وفي هذا المشروط له الخيار بمنزلة البائع.

أما ههنا: لايجوز الشراء لمكان الربا؛ لحصول ربح ما لم يضمن، والربح لايحصل للذي أسقط الخيار، وإنما يحصل لمن كان السبب، أو حكم السبب واقعًا له.

ولو اشترى عبدا بألف لسنة، ثم مات البائع، فاشترى وارثه من المشتري، بأقل مما باع المورث، يجوز[3].

ولو مات المشتري، فباعه وارثه من البائع بأقل مما اشتراه المورث، لايجوز[4].

وعن أبي يوسف: أنه لايجوز لوارث البائع أيضًا أن يشتريَ بأقل مما باع المورث[5]؛ لأن الوارث يقوم مقام المورث، فكما لايجوز للبائع أن يشتري، لايجوز لوارثه أيضًا، كما

اشتراه لم يجز، كذا في «السراجية». «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٢.

(١) عبارة (ا) و (ب) "لا شفعة له".

(٢) وفي (ج) و (د) بلفظ: "أخذ بالشفعة".

(٣) انظر «البحر الرائق» ٦/ ٨٣، و حاشية ابن عابدين على «البحر الرائق» المسماة بـ «منحة الخالق» ٦/ ٨٣.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٢.

(٥) راجع «منحة الخالق» ٦/ ٨٣، و «جامع الرموز» ٣/ ٤٦٠.

في وارث المشتري.

ووجه الفرق على ظاهر الرواية[1]، أن الوارث يقوم مقام المورث فيما يرث، لا فيما لم يرثه[2]، ووارث البائع لايملك الشراء بطريق الإرث، لأنه كان يملك الشراء لنفسه في حياة المورث، فكان بمنزلة الأجنبيّ في ذلك.

بخلاف وارث المشتري؛ لأنه قائم مقام المشتري في حكم البيع؛ لأن ولاية البيع له من أحكام ملك المورث، فكان قائما مقامه.

ثم فرق أبو حنيفة في وارث البائع بين حالة الحياة، وبين مابعد الموت، فإن وارثه إذا كان ممن لاتقبل شهادته للبائع، كالأب والابن، لو اشترى في حياة البائع بأقل مما باع، لايجوز، ولو اشترى بعد موت المورث بأقل مما باع المورث، جاز[3].

لأن بينهما شبهة اتحاد الملكين، ولهذا لاتقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه، ففي حياة المورث، شراء الوارث يكون للمورث من وجه، فحرم الشراء[4] لمكان الشبهة، والشبهة انقطعت بالموت؛ لأن حقيقة الملك تنقطع بالموت، فالشبهة أولى.

فرق أبو حنيفة بين هذا[5] الوارث، وبين الوكيل إذا وكل البائع رجلا بالشراء، فاشترى الوكيل بأقل مما باع الموكل، جاز في قول أبي حنيفة، ولم يجعل شراءه كشراء

(١) انظر «البحر الرائق» ٦/ ٨٣.

(٢) وفي (ا) و(ب) و(ج) و(د): "لايرث".

(٣) انظر «البحر الرائق» ٦/ ٨٣، و«جامع الرموز» ٣/ ٤٦٠.

(٤) "الشراء" ساقط من (ا) و(ب) و(ج) و(د).

(٥) "هذا" ساقط من (ا) و(ب) و(ج) و(د).

الموكّل[١]، وإن كان الثابت بعقد الوكيل[٢] حقيقةَ الملك للموكل[٣].

والفرق: أن الوكيل بالشراء، بمنزلة البائع من الموكل، حتى يرجع الوكيل عليه بالثمن، ويحبس المبيع لاستيفاء الثمن، فإذا لم يصل الموكل إلى ما اشترى الوكيل إلا ببدل، صار كأنه اشترى من الوكيل[٤].

بخلاف الوارث مع المورث[٥]؛ لأن كل واحد منهما ينتفع بملك الآخر من غير بدل، فكان عقد أحدهما كعقد الآخر، فيمنع الشراء، كما في حق المولى مع العبد.

ثم فرق بين وارث المشتري، وبين الموصى له فقال: لو أن المشتري أوصى بهذا العبد لإنسان، ومات الموصي[٦]، وقبل الموصى له الوصية، ثم باعه من بائع الموصى بأقل، جاز[٧]، ولو باعه الوارث، لايجوز[٨].

لأن ملك الوارث عين ملك المورث، ولهذا يردّ بالعيب، ويردّ عليه، ولو كان مورثه مغرورا من بائعه، يظهر ذلك في حق الوارث.

---

(١) من قوله: "الموكل، جاز . . الى قوله: . . كشراء الموكل" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) وفي (ا) و (ب) بلفظ: "وإن كان يقع حقيقةَ الملك للموكل.

(٣) «منحة الخالق» على البحر الرائق ٦/ ٨٣، و «جامع الرموز» ٣/ ٤٦٠.

(٤) ما بين المعكوفتين مثبت من النسخ الأخرى، وفي الأصل: "من الموكل" وهو سهو من الناسخ.

(٥) انظر «البحر الرائق» ٦/ ٨٣.

(٦) "الموصي" ساقط من (ج) و (د).

(٧) «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٢.

(٨) انظر «البحر الرائق» ٦/ ٨٣.

أما الموصى له: ملك ملكا جديدا، بتمليك مبتدئ، ولهذا لايردّ بالعيب، ولايردّ عليه، وتجدّد الملك كتجدّد العين، فجاز.

وكذا لو وهبه المشتري لرجل، وسلّمه إليه، ثم اشتراه البائع من الموهوب له بأقل مما باع، جاز[1] لتجدّد الملك؛ لأن اختلاف سبب الملك بمنزلة اختلاف العين.

أصله: حديث بَرِيرة[2] رضي الله عنها حيث قال عليه السلام: «هو[3] لها صدقة ولنا هدية»[4].

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٢.

(٢) هي بريرة مولاة عائشة رضي الله عنها، كانت مولاة لقوم من الأنصار، وقيل لآل عتبة بن أبي اسرائيل، وقيل لبني هلال، فاشترتها عائشة، فأعتقتها وكانت تخدُم عائشة قبل أن تشتريها، وردت قصتها في الصحيحين، وفيهما عن عائشة: كانت في بريرة ثلاث سنن... والحديث عند مسلم في الزكاة، برقم ٢٤٨٤.
انظر ترجمتها في: طبقات ابن سعد ٨/ ٢٥٦، تهذيب الكمال ١٦٧٨، تهذيب التهذيب ١٢/ ٤٠٣، خلاصة تهذيب الكمال ٤٨٩، المستدرك ٤/ ٧١، «الإصابة» برقم ١٠٩٣٤.

(٣) جاء في جميع النسخ: "هي لها صدقة"، وهو خطأ، والثابت في جميع الروايات: "هو لها" وهو الصحيح، فالضمير يعود إلى "اللحم".

(٤) أخرجه الإمام مسلم من حديث أنس بن مالك، وتمامه قال: أهدَت بريرةُ إلى النبي ﷺ لحما تُصُدّق به عليها، فقال: «هو لها صدقة ولنا هدية» كتاب الزكاة، باب إباحة الهدية للنبي ﷺ ولبني هاشم وبني المطلب، الحديث: ٢٤٨٢، كما روى مسلم في نفس الباب عن عائشة: «وأتي النبي صلى الله عليه وآله وسلم بلحم بقر، فقيل: هذا ما تصدق به على بريرة، فقال: «هو لها صدقة ولنا هدية». الحديث: ٢٤٨٣، وأخرجه البخاري في كتاب الزكاة، باب إذا تحولت الصدقة،

وكذا لو وهبه الموهوب له للواهب، ثم باعه الواهب من البائع، جاز[1]؛ لأنه ملكه ملكا جديدا، ولهذا لا يردّ على بائعه أبدا.

وكذا لو باعه المشتري من أجنبيّ، ثم اشتراه، ثم باعه من البائع الأول؛ لما قلنا.

ولو وهبه المشتري لرجل، وسلّمه إليه، ثم رجع في الهبة، وباعه من بائعه بأقلّ، لم يجز[2]، سواء رجع في الهبة بقضاء أو بغيره؛ لأنه عاد إليه قديم ملكه، لأن الرجوع في الهبة فسخ على كل حال.

ولو باعه المشتري من رجل، ثم ردّ عليه بالعيب قبل القبض مطلقًا، أو بعد القبض بقضاء، أو بخيار شرط، أو رؤية فكذلك؛ لأنه عاد إليه قديم ملكه.

وإن ردّه بعد القبض بغير قضاء، أو تقايلا، فباعه من بائعه بأقل، جاز، لأنه عقد جديد في حق الثالث[3]، والبائع الأول ثالثها[4]، وسواء كانت الإقالة قبل القبض أو

الحديث ١٤٩٥، و أخرجه أيضا في كتاب الهبة، باب: قبول الهدية، الحديث ٢٥٧٧، وأخرجه أبو داود في كتاب الزكاة، باب الفقير يهدي للغني من الصدقة الحديث ١٦٥٥، و أخرجه النسائي في كتاب العمرى، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، الحديث ٣٧٦٩، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده ١/ ٢٨١، ٣٦١، ٣/ ١١٧، ١٣٠، ١٨٠، ٢٧٦، ٦/ ٤٦، ١١٥، ١٢٣، ١٥٠.

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٢.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٢.

(٣) ذكر في «الفتاوى الهندية» عن «المحيط» أنه لو باع المشتري من رجل، ثم إن البائع الأول اشتراه من المشتري الثاني بأقلّ مما باع جاز، فإن عاد المشترَى إلى المشتري الزول، إن عاد بسبب هو فسخ في حق الناس كافة لايجوز للبائع الأول أن يشتريه بأقل مما باع، وإن عاد إليه بسبب هو فسخ في حقهما، بيع جديد في حق الثالث، كان للبائع الأول أن يشتريه بأقل مما باع. «الفتاوى الهندية» ٣/

بعده .

أما بعد القبض : فظاهر ، وأما قبله : فلأن الإقالة قبل القبض عقد جديد في حق البائع الأول ، لكنه فاسد ؛ لكونه بيع المنقول[1] قبل القبض ، والعقد الفاسد يفيد الملك عند القبض[2] .

ألا ترى أن من باع ، ولم يسلم إلى المشتري ، حتى تقايلا ، ثم وجد به عيبا ، لم يكن له أن يردّه ؛ لأنا نجعل الإقالة في حق البائع بمنزلة البيع ، فيتجدّد به الملك ، فيمتنع الردّ بالعيب ، كذلك هنا ، وهكذا ذكر في «شرح الطحاوي»[3] رحمه الله .

ولو تعيّب المعقود عليه في يد المشتري ، فباعه من البائع بأقل من الثمن ، جاز ؛ لأن المانع ربح ما لم يضمن ، وإنما يظهر الربح ، إذا عاد إليه المبيع ، كما خرج عن ملكه ، فإذا لم يعد ، يجعل النقصان بمقابلة العيب الحادث[4] .

١٣٢

(٤) في (ا) و (ب) "ثالثهما" .

(١) في (ا) و (ب) "بيع المبيع" .

(٢) انظر : «فتح القدير» مع «العناية» ٥/ ١٨٥ ، «بدائع الصنائع» ٥/ ٢٩٩ ، «ردّالمحتار» لابن عابدين ٤/ ١٠٣ ، مجمع الضمانات ص٢١٥ ، الأموال ونظرية العقد للدكتور يوسف موسى ص٤٤٠ .

(٣) لم يبيّن المؤلف أنه يقصد «شرح الطحاوي» للجامع الكبير أو شرحه للجامع الصغير ، فإن الإمام أباجعفر الطحاوي قد شرحهما ، انظر «النافع الكبير» للكنوي ص ٤٦ ، ومما يؤسف أنه لاتوجد لهما أيّ أثر في فهارس مخطوطات العالم .

(٤) انظر «البحر الرائق» ٦/ ٨٣ ، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٢

بخلاف ما لو انتقصت قيمته بتغيّر السعر، حيث لايجوز بيعه من البائع بأقل مما باع[1]؛ لأنّ هنا عاد إليه المبيع، كما خرج عن ملكه، إنما هذه فَتْرَة[2]، يحدث الله تعالى في قلوب العباد، فتقِلّ رغبات الناس فيها، وإذا عاد المبيع[3]، ظهر[4] الربح.

ـ والله أعلم ـ

(١) ذكر في «الفتاوى الهندية» أنه لو رخص السعر، فانتقص من حيث السعر، فاشتراه بأقل مما باع، لم يجز، ولا عبرة للسعر، كذا في «الخلاصة». راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٢.

(٢) فَتَر: عن العمل فُتورا، من باب نصر، انكسرت حدِّته، ولان بعد شدّته، ومن: فتر الحرّ، إذا انكسر، فترَة وفتورا، وقال أبو البقاء الكفوي: الفتور: هو سكون بعد حدِّة، ولين بعد شدة، وضعف بعد قوة. انظر: «الكليات» ص ٦٩٨، «المصباح المنير» ٢/ ٤٦١.

(٣) "اذا عاد المبيع" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) في (ا) و (ب) "يظهر".

باب من[1] البيع الذي يقع فيه الاختلاف بين البائع والمشتري وكل واحد منهما يدّعي العتق على صاحبه

يسمّى هذا الباب باب السلسلة؛ لأنه أدار البابَ على فصل واحد، وجعله مسلسلا بحسن التفريع، وبنى الباب[2] على أصول:

منها: أن الاختلاف إذا وقع في أصل العقد، كان القول قول المنكرِ مع يمينه؛ لتفردّه بالإنكار، والبينة بينة الآخر؛ لتفردّه بالدعوى.

وإن اتفقا على أصل العقد، واختلفا في جنس البدل أو قدره، والسلعة قائمة، أو فاتت إلى بدل، فإن أقام أحدهما البيّنة، قُبِلت بينته[3]، وإن أقاما البينة، يقضى ببينة البائع؛ لأنها أكثر إثباتا[4].

---

(١) "من" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "الباب" ساقط من (ج) و (د).

(٣) لأن البيّنة مبيّنة كاسمها، فبقي في الجانب الآخر مجرّد الدعوى، والبينة أقوى منها إذ هي متعديّة حتى توجب القضاء على القاضي، فلا يعارضها مجرد الدعوى. «اللباب في شرح الكتاب» للشيخ عبد الغني الميداني ٣/ ١٣٤، «تبيين الحقائق» ٤/ ٣٠٤، وانظر «فتح القدير» ٨/ ٢١٥.

(٤) أي البينة المثبتة للزيادة أولى، لأن البينات شرعت للإثبات، ولا معارضة في قدر ماتفقا عليه ولا في الزيادة، فبينة البائع أولى لو كان الاختلاف في الثمن، وبينة المشتري أولى لو كان في قدر المبيع، فلو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا، فبينة البائع أولى في الثمن، وبينة المشتري أولى في المبيع، يرجع لتفصيل ما يتفرّع على هذا الضابط إلى «فتح القدير» ٨/ ٢١٥، «تبيين الحقائق» ٤/

وإن لم يكن لأحدهما بينة، يتحالفان[1]، يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، يبدأ بيمين المشتري في قول أبي يوسف الآخر، وهو قول محمد[2] رحمهما الله؛ لأنه أبيَنهما إنكارًا، ولأنه هو المبتَدأ به في الحقوق، فكذلك في اليمين.

وأيّهما نكَل عن اليمين[3] لزمه دعوى الآخر[4]؛ لكون النكول إقرارا[5] أو بذلا[6].

٣٠٤، و«الدر المختار» ٥/ ٥٥٩.

(١) ترك الشارح هنا وجها آخر لقطع المنازعة الذي ذكره القدوري والمرغيناني بأنه لو لم يكن لكل واحد منهما بينة، قيل للمشتري: إما أن ترضى بالثمن الذي ادّعاه البائع وإلا فسَخنا البيعَ، وقيل للبائع: إما أن تسلم ما ادّعاه المشتري من المبيع وإلا فسخنا البيع، لأن المقصود قطع المنازعة، وهذه جهة فيه، لأنه ربما لايرضيان بالفسخ، فإذا علما به يتراضيان بمدّعى كل واحد منهما. انظر «القدوري» مع شرحه «الباب» للميداني ٣/ ١٣٤، و«الهداية» مع «فتح القدير» ٨/ ٢١٦. وكذا في «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٢، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٠٤.

(٢) ذكر المرغيناني أنه رواية عن الإمام أبي حنيفة رحمه الله، وقال: هو الصحيح، لأن المشتري أشدّهما إنكارا، لأنه يطالب أولا بالثمن، ولأنه يتعجّل فائدة النكول، وهو إلزام الثمن، ولوبدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن. الهداية مع «فتح القدير» ٨/ ٢١٩. كما نقل ابن الهمام عن المنتقي وجامع أبي الحسن أنه رواية عن أبي حنيفة، وهو قول زفر. «فتح القدير» ٨/ ٢٢٠ وانظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي مسألة رقم ١٥١٦، ج ٦/ ٢٤٩٧، «المسبوط» ١٣/ ٣١. «العناية» ٨/ ٢١٨، «البناية» ٧/ ٤٤٣ و«تبيين الحقائق» ٤/ ٣٠٤، و«الدر المختار» ٥/ ٥٥٩.

(٣) سقط قوله: "عن اليمين" في (ج) و (د).

(٤) انظر «القدوري» و«اللباب في شرح الكتاب» للشيخ عبد الغني الميداني ٣/ ١٣٥

(٥) «النكول بمنزلة الإقرار» انظر: «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٢٣، «المنثور في القواعد» ٣/ ٢٨٣،

وإن حلفا، لاينفسخ العقد ما لم يفسخ القاضي؛ لاحتمال أن يعود أحدهما إلى تصديق الآخر[١].

وإن طلبا الفسخ، أو طلب أحدهما، فسخ القاضي العقد بينهما[٢]؛ لانعدام الفائدة في التوقف.

وأصل آخر: أن هلاك المعقود عليه بعد القبض لا إلى بدل، يمنع التحالف في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف[٣]، وعلى قول محمد لايمنع[٤]، والمسألة معروفة[٥].

«المبدع» ٤/ ١١١.

(١) البَذل: هو إباحة شيء عن طيب نفس. وفي الاصطلاح هو: "ترك المنازعة والإعراض عنها". «المصباح المنير» ١/ ٤٠، و«لسان اللسان» ١/ ٧٢١، «البحر الرائق» ٧/ ٢٠٧.

(١) لاينفسخ العقد بنفس التحالف، لأنه لم يثبت ما ادّعاه كل واحد منهما، فيبقى بيع مجهول، فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة. ونقل ابن الهمام عن «الكافي»: قيل: ينفسخ بنفس التحالف، والصحيح هو الأول. انظر«الهداية» و «فتح القدير» ٨/ ٢٢١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٣٠٤، و«الدر المختار» ٥/ ٥٥٩.

(٢) انظر «الهداية» مع «فتح القدير» ٨/ ٢٢١.

(٣) فالقول قول المشتري في الثمن مع يمينه إن طلب البائع يمينه على ذلك، ولا يترادّان البيع، عند الشيخين، وهو قول الإمام الثوري، والحسن بن حي، والإمام الليث. انظر «مختصر الطحاوي» ص ٨٢، و«مختصر اختلاف العلماء» للجصاص، ٣/ ١٢٦.

(٤) ويُفسخ البيع عنده على قيمة الهالك، حيث يتحالفان في ذلك، ويترادّان قيمة المبيع، والقول فيها قول المشتري مع يمينه إن طلب البائع يمينه على ذلك. واختاره الإمام الطحاوي رحمه الله، وقال: وبه نأخذ. راجع للتفصيل إلى: «مختصر الطحاوي» ص ٨٢، و«شرح مختصر الطحاوي» للجصاص ١/ ١٥٤، «فتح القدير» ٨/ ٢٢٤، «تبيين الحقائق» ٤/ ٣٠٧، «الدر المختار» ٥/ ٥٦١،

وتغيّر السلعة عند المشتري يمنع التحالف في قول أبي حنيفة وأبي يوسف[1]، إلا أن يرضى البائع بذلك، وعند محمد هلاك السلعة[2] لايمنع التحالف، فالتغيّر أولى[3].

وأصل آخر: أن أحد الشريكين، إذا أعتق العبد المشترك، كان للآخر حق لاستسعاء، مُعسرًا كان المعتق أو موسرًا، وعند أبي يوسف ومحمد: إن كان المعتق معسرا

«البناية» ٧/ ٤٤٣.

(٥) تعرّض أبو الليث السمرقندي لهذه المسألة في «مختلف الرواية» "باب قول محمد على خلاف قول صاحبيه". فقال: قال محمد: هلاك السلعة في يد المشتري لا يمنع التحالف عند الاختلاف في الثمن. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف يمنع.

له: إن كل واحد منهما مدع ومنكر، لأن كل واحد منهما يدعى عقدا غير ما يدعيه الآخر، فصار قال قيام المبيع.

لهما: إن المنكر هو المشتري حقيقة، لأن البائع يدعى عليه زيادة الثمن، فأما المشتري لا يدعى على البائع شيئا، لأن المبيع مسلم له كله، وقد قال صلى الله عليه وسلم: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» (رواه الدارقطني عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده في كتاب الحدود والديات، الحديث ٩٨، ٩٩، ورواه البيهقي في القسامة، ٨/ ١٢٣) وحال قيام السلعة عرفنا التحالف بالنص بخلاف القياس، وقد عرف. مختلف الرواية ٦/ ٢٤٩٧. وانظر «الجامع الصغير» ص ٢٧٨ و٢٧٩ «الجامع الكبير» ٢٥٩، «المبسوط» ١٣/ ٣٠، «مختصر اختلاف العلماء» للجصاص، ٣/ ١٢٦، ١٢٧.

(١) وفي (ج) و (د): "يمنع التحالف عندهما".

(٢) ثبت في (ج) و (د): "الهلاك لايمنع"، وما ثبت أوضح.

(٣) انظر: «فتح القدير» ٨/ ٢٢٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٣٠٧، و«الدر المختار» ٥/ ٥٦١.

فكذلك، وإن كان موسرا، كان لصاحبه حق التضمين، لاغير[1].

وأصل آخر: أن أحد الشريكين، إذا شهد على صاحبه بالإعتاق، سعى العبد لهما في قول أبي حنيفة، على كل حال[2].

وعند أبي يوسف ومحمد: إن كانا معسرَين، أو كان المشهود عليه معسرا فكذلك، وإن كان موسرين، أو كان المشهود عليه موسرا، يسعى للمشهود عليه، ولا يسعى للشاهد؛ لأنه يدعي الضمان على المشهود عليه، ويتبرأ عن السعاية[3].

وأصل آخر: أن من باع نصف العبد، ثم أعتق النصف الباقي قبل التسليم، وهو معسر، تجب السعاية على العبد، ولاينتقض البيع من غير نقض؛ لقيام المعقود عليه ببدله، ويخيّر المشتري لتغيّر المعقود عليه.

وإن كان البائع[4] موسرا، انتقض البيع عند أبي يوسف ومحمد؛ لأن يسار المعتق عندهما، يمنع استسعاء العبد، ولايمكن إيجاب القيمة على البائع؛ لأن المبيع في ضمانه، لايكون مضمونا عليه بالقيمة، فإذا تعذّر إيجاب الضمان والسعاية، ينتقض البيع ضرورةً، كما لو قتله البائع.

وعن أبي حنيفة روايتان: بناء على أن المعتق إذا كان موسرا، هل يجب الضمان بنفس

---

(١) راجع: «المبسوط» ٧/ ١٠٣، «فتح القدير» ٤/ ٢٥٥، «الدر المختار» ٣/ ٦٥٩، «البحر الرائق» ٤/ ٢٣٣، «الفتاوى الهندية» ٢/ ٩.

(٢) «المبسوط» للسرخسي ٧/ ١٠٨.

(٣) انظر: «المبسوط» للسرخسي ٧/ ١٠٨، «فتح القدير» ٤/ ٢٦٧، «البحر الرائق» ٤/ ٢٣٥.

(٤) "البائع" ساقط من (ا) و (ب).

الإعتاق أو لا؟

في رواية: [يجب الضمان بنفس الإعتاق][1]، وللساكت أن يتحوّل إلى السعاية، وفي رواية: الواجب أحدهما، وإنما يتعيّن ذلك باختياره.

وإنما يظهر ذلك فيما إذا مات العبد قبل التضمين، وأراد الساكت تضمين المعتق، فعلى الرواية الأولى: له ذلك، وعلى الرواية الثانية: ليس له ذلك؛ لأن من شرط التضمين ثبوت الملك في المضمون، وذلك لايتصوّر بعد هلاك العبد.

وكذا لو مات العبد، وترك كسبا[2]، فأراد الساكت أن يأخذ السعاية من كسبه، لايكون له ذلك، ويصير كأنه كاتبه بعد الموت.

وفي رواية عنه: له أن يأخذ السعاية من تركته؛ لأن الواجب أحدهما، ويتعيّن ذلك عند تعيينه، فلم يكن هذا إنشاء الكتابة بعد الموت.

فعلى إحدى الروايتين؛ لما كان الضمان متعينا عند يسار المعتق، وتضمين البائع متعذّر، ينتقض البيع ضرورة.

وعلى الرواية الأخرى: إذا كان الواجب أحدهما، ويتعيّن بتعيينه، فإن اختار الضمان، ينتقض البيع، وإن اختار السعاية، لاينتقض، كما لو وجبت السعاية من الابتداء.

وإذا انتقض البيع، [إما][3] حكما، أو بنقض المشتري، لاتجب السعاية للبائع على

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د). وفي (ا) و (ب) "في رواية: بنفس الإعتقاد".

(٢) وفي النسخ الأخرى: "أكسابا".

(٣) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "كان حكما"، وما ثبت أوضح.

العبد عندهما، كأنّ العبد كله له، فأعتق نصفه.

وعند أبي حنيفة روايتان: وأصحّهما[١] أنه تجب السعاية للبائع [على العبد][٢]، كما لو كان الكل له، فأعتق نصفه.

ومنها: أن المشتري إذا أعتق العبد المُشْترَى قبل القبض، يصير قابضًا؛ لأنه يصير قابضا بالتّخلية، فبالإعتاق وهو إنهاء الملك، أولى[٣].

ومنها: أن أحد العاقدين[٤]، إذا ادّعى الإعتاق على صاحبه، فإن تضمّن دعواه حقّا لنفسه، صحّ دعواه، وإلاّ فلا؛ لأن الدعوى لاتُسْمَع إلا من الخصم[٥]، ومن لايدّعي لنفسه حقا، لايكون خصمًا.

ومنها: أن المبيع إذا تغيّر قبل القبض بقول المشتري أو فعله، لايثبت له الخيار[٦]، وإن تغيّر بقول البائع أو فعله، يثبت للمشترى الخيار؛ لفوات الرضى.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل قال لغيره: بعتك عبدي بمائة دينار،

---

(١) وفي (ج) و (د): "وأظهرهما".

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) انظر «المبسوط» للسرخسي، ١٧/ ٦٢.

(٤) وفي (ا) و (ب) "المعاقدين"

(٥) انظر «فتح القدير» ٨/ ١٥٩، والمادة ١٦١٨ من مجلة الأحكام العدلية، و «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١٤/ ١٥٣، ١٥٦، ١٥٨.

(٦) لأن هذا إسقاط الخيار دلالة، وهو أن يوجد ممن له الخيار تصرف يدلّ على إجازة البيع وإثبات الملك، فالإقدام على ذلك يعتبر إجازة للبيع دلالة. انظر «بدائع الصنائع» ٥/ ٢٧٢، تحفة الفقهاء ٢/ ٩٥.

فقال المدعى عليه: ما اشتريت منك إلا نصفه بخمسمائة[1]، فإنهما يتحالفان، ويترادّان؛ لأنهما اختلفا في شيئين: في نفس المبيع في النصف، وفي جنس الثمن في النصف الذي ثبت البيع فيه بتصادقهما، ففيما أنكر الشراء، القول قول المشتري مع يمينه، وفي النصف الآخر يتحالفان؛ لأنهما اختلفا في جنس الثمن، والسلعة قائمة.

ويبدأ بيمين المشتري، فيحلف يمينا واحدة: بالله ما اشتريته بمائة دينار، وإن كان البائع يدّعي عليه شيئين؛ لأن الدعاوَى إذا اجتمعت من واحد على واحد، يكتفى بيمين واحدة[2].

أصله: حديث القَسَامة: «فإن النبيّ صلى الله عليه وسلم حلّف اليهودَ: بالله ما قتلتموه، وماعلمتم له قاتلا»[3]، لما كانت الدعويان من واحد على قوم واحد، اكتفى

---

(١) "درهم" ساقط من الاصل.

(٢) نقل المرغيناني محيلا إلى الزيادات: قال في الزيادات: "يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف، يضمّ الإثبات إلى النفي تأكيدا، والأصحّ الاقتصار على النفي، لأن الأيمان على ذلك وضعت؛ دلّ عليه حديث القسامة: «بالله ماقتلتم ولا علمتم له قاتلا». «الهداية» ٨/ ٢٢٠.

(٣) لقد أشار المصنف باختصار ما رواه سَهل بن أبي حَثْمَةَ «أن نفرا من قومه انطلقوا إلى خيبرَ فتفرّقوا فيها، فوَجدوا أحدَهم قتيلا، فقالوا للذين وَجَدوه عندهم: قَتلتُم صاحبَنا؟ فقالوا: ما قتلناه ولا علمناقاتلا، فانطلقنا إلى نبي الله صلى الله عليه وآله وسلم، قال، فقال لهم: تاتوني بالبينة على مَن قَتَل هذا، قالوا ما لنا بينة، قال: فيحلفون لكم؟ قالوا: لا نرضى بأيمان اليهود، فكره رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يُبطِل دمَه، فوَداه مائةً من إبل الصدقة». هذا اللفظ لأبي داود، فقد أخرجه في كتاب الديات، باب في ترك القود بالقسامة، الحديث ٤٥٢٣، وأخرجه البخاري في الديات، باب القسامة، الحديث ٦٨٩٨. وأخرجه مسلم في كتاب القسامة، باب

بيمين واحدة على شيئين : على القتل ، وعلى العلم بالقاتل ، كذلك هنا .

فإن نكل المشتري ، لزمه البيع بمائة دينار ؛ لأنه صار مقرّا بجميع ما ادّعى البائع[1].

وإن حلف لم يثبت البيع في النصف ، بقي النصف الذي اتفقا على وجود البيع فيه ، واختلفا[2] في جنس الثمن ، فيتحالفان ، وقد حلف المشتري مرّة ، فلا يحلف ثانيا.

ويحلف البائع : "بالله ما بعتُ منه النصف بخمسمائة درهم" ، فإن نكل يثبت بيع النصف بخمسمائة ، وإن حلف تمّ التحالف ، ولم يثبت ما ادّعاه أحدهما[3] ، فيفسخ القاضي العقد بينهما إن طلبا ، أو طلب أحدهما[4] ؛ لأنه عجز عن القضاء بالبيع ، لأن

القسامة ، الحديث ١٦٦٩ . وأخرجه النسائي في كتاب القسامة ، باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر سَهل فيه ، الحديث ٤٧٣٣ . وأخرجه الترمذي الحديث ١٤٢٢ ، وابن ماجه الحديث ٢٦٧٧ ، والدارمي ٢/ ١٧٨ ، والطحاوي ٣/ ١٩٧ ، وأحمد ٤/ ١٤٢ ، كلهم من حديث سهل ابن أبي حَثْمَةَ .

وروى أبوداود في الباب حديثا آخر انفرد به ، عن عبد الرحمن بن بُجَيد قال : "إن سَهلا والله أوهَم الحديث ؛ إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كتَب إلى يهود أنه قد وُجد بين أظهُركم قتيل فَدُوه ، فكتبوا يَحلفون بالله خمسين يمينا ما قتلناه وما علمنا قاتلا ، قال فوداه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من عنده مائة ناقة" . الحديث ٤٥٢٥ .

(١) انظر «الهداية» مع «فتح القدير» ٨/ ٢٢١ ، و «مختصر اختلاف العلماء» للجصاص ، ٣/ ٣٨١ .

(٢) وفي (ج) و (د): "واختلف" ، وهو خطأ .

(٣) كذا في (ج) و (د) ، وجاء في الأصل : "ما ادعاه واحد" ، وما ثبت أنسب للمعنى .

(٤) «فتح القدير» ٨/ ٢٢١ ، نقلا عن «الكافي» .

القضاء بالبيع بدون الثمن لايمكن، ولم يَثبت أحد الثمنين، فيفسخ البيع بينهما[1]؛ لتعذر إمضاء العقد.

كما لو ردّ المشتري المبيعَ بعيب، يفسخ البيع بينهما؛ لأنه لايمكن إمضاء البيع[2] إلا بتسليم الجزء الفائت، وتسليم الجزء الفائت ممتنع، فيفسخ العقد، كذلك هنا، هذا إذا ادّعى البيع لا غير.

فإن ادّعى البيع والإعتاق على المشتري، فهذه خمسة فصول:

الأول: إذا بدأ البائع بدعوى الإعتاق.

والثاني: إذا بدأ المشتري بدعوى الإعتاق.

والثالث: إذا ادعيا معًا.

الرابع: إذا اختلفا في البيع، وأكّد كل واحد منهما دعواه بيمين العتق.

الخامس: إذا حلفا[3] بالعتق قبل المنازَعة والمناكَرة.

أما الفصل الأوّل:

إذا ادّعى البائع أنه باع العبد منه بمائة دينار، وأنه اشتراه، وأعتقه، وقال المشتري: ما اشتريتُ إلا نصفه بخمسمائة درهم، وما أعتقه، تسمع دعوى البائع، أمّا دعوى البيع، فظاهر، وكذلك دعوى العتق؛ لأن دعوى الإعتاق دعوى القبض عليه، وأنه يؤكّد حقه في

(١) "البيع بينهما" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) وفي (ج) و (د): "القضاء بالبيع".

(٣) كذا في (ا) و (ب) وكان في الأصل: "إذا حلف"، وما ثبت أصح، كما جاء في الفصل الخامس أثناء الشرح.

الثمن، ويخرج المبيع عن ضمانه، ويسقط يمين التحالف عن نفسه، فكان خصمًا، فيحلف المشتري أوّلاً، لأن في يمين التحالف، يبدأ بيمين المشتري؛ لما قلنا.

فإذا ادّعى عليه أمرا زائداً أنكره المشتري، كان أولى، فيحلف: "بالله ما اشتريته[1] بمائة دينار، وما أعتقته"، يحلف يمينا واحدة عليهما؛ لما قلنا.

فإن نكل لزمه مائة دينار، وعتق عليه، ويلزمه الولاء؛ لأنه أقرّ بجميع ذلك، وإن أنكر الولاءَ أوّلاً، إلا أن الولاء مما لايحتمل الفسخ، فلا يبطل بالجحود، ولاسعاية على العبد؛ لأنه عتق بإعتاقه.

وإن حلف المشتري، أنه ما اشتراه بمائة دينار، وما أعتقه، برئ عن دعوى البائع، ولزم نصف العبد للبائع، وعتق عليه؛ لأن بيع النصف لم يثبت، فيعود إلى البائع، ويعتق عليه؛ لأنه أقرّ أنه باعه، وأعتقه المشتري، وصح إعتاقه، فإذا عاد إليه، يعتق عليه بحكم الإقرار.

من قال لغيره: بعت منك هذا العبد بمائة دينار، وأنت أعتقته، وأنكر المشتري ذلك، وحلف، عتق العبد على المدّعي، كذلك هنا.

بقي النصف الذي تصادقا على البيع فيه، والبائع شهد على شريكه بالإعتاق في هذا النصف، فيجب السعاية للمشهود عليه، موسرا كان البائع أو معسرا، وقامت السعاية مقام المبيع، وثبت الخيار للمشتري، إن شاء نقض البيع، وإن شاء أجاز؛ لأن المبيع تغيّر بقول البائع في ضمانه.

فإن نقض البيع، عاد إلى البائع، وعتق عليه؛ لأنه أقرّ بحريّته، والولاء موقوف؛

---

(١) المثبت من النسخ الأخرى، وفي الأصل: "ما اشتراه".

لأنه ينفي الولاء عن نفسه، وبطلت السعاية؛ لأن دعواه الثمن على المشتري إبراء له عن السعاية.

وإن اختار المشتري إمضاء البيع، وأخذ السعايةَ، وأبى البائع أن يسلّم السعاية بخمسمائة درهم، وأخذ السعاية بمنزلة أخذ العبد[1]، فجاء أوان التحالف، وقد حلف المشتري مرة، فلا يحلف ثانياً، فيحلف البائع: "بالله ما باع النصف منه بخمسمائة درهم".

فإن نكل، أخذ المشتري السعاية، وأعطى البائع خمسمائة.

فإن كانت السعاية من الدراهم، يتصدق بالفضل على الثمن؛ لأنه ربح حصل في ضمان البائع، فيتصدّق به، وإن كانت السعاية من الدنانير، لايتصدّق بشيء؛ لأن الربح لايظهر عند اختلاف الجنس.

وإن حلف، تمّ التحالف، فيفسخ القاضي العقد بينهما، كما لو اختلفا في الثمن، وتحالفا حال قيام العبد، وتبطل السعاية؛ لما ذكرنا أن البائع حين ادّعى الثمن تبرأ عن السعاية.

وكان إسماعيل[2] بن حماد بن أبي حنيفة رحمهم الله يقول: ينبغي أن لايحلف

---

(١) سقط قوله: "وأخذ السعايةَ، وأبى البائع أن يسلّم السعاية بخمسمائة درهم، وأخذ السعاية بمنزلة أخذ العبد" في (ج) و (د)، وثبت في النسخ الأخرى.

(٢) إسماعيل بن حمّاد بن الإمام أبي حنيفة، الإمام ذو الفضائل الشريفة، والخصال المنيفة، تفقّه على أبيه وعلى الحسن بن زياد، ولم يدرك جده، سمع الحديثَ من أبيه وعمر بن ذرّ والقاسم بن معن وابن أبي ذئب، وروى عنه سَهل بن عثمان العسكرى وعبد المؤمن بن على الرازى وجماعة، وولي القضاءَ بالجانب الشرقى ببغداد، وقضاءَ البصرة والرقة، وكان بصيرا بالقضاء عارفا بالأحكام

البائع؛ لأنه إذا حلف، يفسخ البيع بينهما، وتبطل السعاية، لما ذكرنا.

وإذا بطلت السعاية يبطل التحالف، لهلاك المعقود عليه من غير بدل[1]، فالتحالف في الابتداء يوجب بطلانه في الانتهاء، ولأن التحالف شرع لدفع الضرر من الجانبين، وهذا إضرار بالبائع؛ لأنهما إذا حلفا يفسخ البيع بينهما، ويعتق على البائع بغير سعاية، [إلا][2]أنا نقول: يمين البائع حق المشتري، وفي زعم المشتري أن السعاية واجبة على العبد، فيحلف البائع.

وإنما تبطل السعاية حكما؛ لعود العبد إلى ملك البائع، ومثل هذا لايمنع التحالف، كمن اشترى عبدا، وقبضه، فوجد به عيبا، فأراد أن يردّه، فقال البائع: إنك أعتقتَه بعد الشراء، وأنكر المشتري، وحلف، كان له أن يردّه على البائع، وإذا ردّه على البائع، يعتق عليه بإقراره، ولايمنع الردّ، كذلك هنا.

والوقائع والنوازل، صالحا ديّنا زاهدا، صنّف «الجامع» في الفقه عن جدّه أبي حنيفة، وله «الردّ على القدرية» وكتاب «الإرجاء» و «رسالته إلى البستي»، ونقل الخصّاف في «أدب القاضي» عن شمس الأئمة الحلواني قال: إسماعيل بن حمّاد نافلة أبي حنيفة، وكان يختلف إلى أبي يوسف، يتفقّه عليه، ثم صار بحال يزاحمه، ومات شابا. وذكر القاري أنه مات شابا سنة ٢١٢ هـ، ولو عاش حتى صار شيخا كان له منزلة بين الناس.

ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ٣٢٨، «الطبقات السنية» برقم ٤٩٥، «الفوائد البهية» ص ٤٦، كتائب أعلام الأخيار برقم ١٢٠، «تاريخ بغداد» ٦/ ٢٤٣، طبقات الشيرازي ١٣٧، تذكرة الحفاظ، العبر ١/ ٣٦١، مفتاح السعادة ٢/ ٢٥٨، ميزان الاعتدال ١/ ٢٢٦.

(١) لما قرّره الشارح في أصل الباب أن هلاك المعقود عليه بعد القبض لا إلى بدل يمنع التحالف. راجع ص ١٠٣٢.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

من المشايخ من قال: ما ذكر من التحالف قول أبي حنيفة؛ لأن عنده العتق[1] يتجزأ[2]، فالنصف الذي تصادقا على البيع فيه، بقي مملوكا، إلا أنه حدث به عيب، وحدوث العيب لايمنع التحالف.

وأما على [قولهما][3]: العتق لايتجزأ[4]، فإذا عتق بعضُه عتق كله، فالنصف الذي

---

(١) في (ا) و (ب) "الإعتاق".

(٢) الإعتاق يتجزأ عندالإمام أبي حنيفة رحمه الله، فمَن أعتق نصفَ عبده فهو بالخيار في النصف الباقي، إن شاء، أعتقه وإن شاء استسعاه في النصف الباقي في نصف قيمته، وما لم يؤدّ السعاية فهو كالمكاتب.

واستدل الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى بحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: «من أعتَقَ شَقيصا في مملوكه فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال، وإلا استُسْعِي العبدُ غيرَ مشقوق عليه». أخرجه أبوداود في كتاب العتق، باب من ذكر السعاية في هذا الحديث، الحديث: ٣٩٣٧، وزاد في رواية ابن ماجة: «من أعتق نصيبا له في مملوك، أو شقصا، فعليه خلاصه من ماله إن كان له مال. . » أخرجه ابن ماجة في كتاب العتق، باب من أعتق شركا له في عبد، الحديث ٢٥٢٧. وأخرجه البخاري في كتاب العتق، باب: إذا أعتق نصيبا في عبد وليس له مال استسعي العبد غير مشقوق عليه، الحديث ٢٥٢٦.

وذكر السرخسي تأويل قوله صلى الله عليه وسلم في رواية "فهو حر كله" سيصير حرا كله بإخراج الباقي إلى الحرية بالسعاية، فيكون فيه بيانا أنه لا يستدام الرق فيما بقى منه، وهو مذهب أبي حنيفة. انظر: «المبسوط» ٧/ ١٠٣، «فتح القدير» ٣/ ٣٧٧، «الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٣٣٣.

(٣) كذا في(ج) و (د)، وفي الأصل: "وأما على قول أبي يوسف"، وما أثبت أصح، نظرا إلى ما قال في الفقرة التالية: "لأن عندهما العتق".

(٤) لا يتجزأ العتق عندأبي يوسف ومحمد رحمهما الله، ويعتق كله، ولا سعاية عليه، لقوله عليه

اتفقا على البيع فيه، قد عتق، وخرج من أن يكون محلا للفسخ، فينبغي أن لايتحالف، كما لو قتله البائع، ويكون القول فيه قول المشتري.

والصحيح أن هذا قول الكل، لأن عندهما العتق وإن كان لايتجزأ، وبالإعتاق فات المعقود عليه، لكن إلى بدل، وهو السعاية، وفوات المعقود عليه إلى بدل، يوجب التحالف، كما لو قتل العبد قبل القبض، واختلفا في ثمنه، فإنهما يتحالفان، ويترادّان، وتجعل القيمة قائمة مقام العبد.

فإن كان المشتري قبض العبد، ثم اختلفا على هذا الوجه، فهذا والأول سواء إلا في خصلتين:

إحداهما: أنه لاخيار للمشترى؛ لأن المبيع تغيّر في ضمان المشتري، وتغيّر المبيع في

الصلاة والسلام: «من أعتق شقصا من عبده فهو من كله، ليس لله فيه شريك». أخرجه أبوداود في كتاب العتق، باب فيمن أعتق نصيبا له في من مملوك، الحديث: ٣٩٣٣.

والعتق إسقاط للرق، والرق لا يتجزأ ابتداء وبقاء، فإسقاطه با لعتق لا يتجزأ أيضا، وبيانه أن فعله إعتاق، فلا يتحقق إلا انفعال العتق في بعض الشخص، لو بقي الرق في شيء منه كان في ذلك تجزّي الرق في محل واحد، وذلك لايجوز، فان الذي ينبنى على العتق من الأحكام يضاد أحكام الرق من تكميل الحدود، والاهلية للشهادات، والارث، والولايات، ولا يتصور اجتماع الضدين في محل واحد. ورجّح السرخسي قولهما فقال: الا صح أنه لايتجزأ، لأن سببه، وهو القهر لا يتجزأ، إذ لا يتصور قهر نصف الشخص دون النصف، والحكم ينبنى على السبب، وكذلك الا ستيلاد سببه لايتجزأ. وهو نسب الولد. «المبسوط» ٧/ ١٠٣، ١٨٦، «فتح القدير» ٣/ ٣٧٧، «الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٣٣٤.

ضمان المشتري[1] لايوجب الخيار له[2]، وإن كان بفعل البائع، كما لو قتله البائع بعد القبض[3].

والثانية: أنه لايتصدق بشيء؛ لأن هذا ربح حصل في ضمانه.

قالوا: هنا خصلة أخرى، وهي أنهما لايتحالفان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن عندهما هلاك المعقود عليه بعد القبض، يمنع التحالف، وإن كان إلى بدل[4].

ومن المشايخ من قال: هنا خصلة أخرى، وهي أنه لاتُسمع دعوى الإعتاق من البائع؛ لأنه لايدعي لنفسه حقا.

الفصل الثاني:

إذا بدأ المشتري بدعوى العتق، فإن كان قبل القبض، تسمع دعواه، أمّا دعواه شراء النصف بخمسمائة فظاهر، وكذا دعوى العتق؛ لأن البائع إن كان[5] معسرا، فهو يدعي الخيار لنفسه بتغير المبيع، وإن كان البائع[6] موسرا، فهو يدّعي انتقاض البيع عند أبي يوسف ومحمد، وكذلك عند أبي حنيفة على أظهر الروايتين.

وإذا سمع دعوى المشتري يقول: في نصف العبد، وهو النصف الذي أنكر

---

(١) "وتغير المبيع في ضمان المشتري" ساقط من(ا) و (ب). وفيه انه لا يوجب.

(٢) في الأصل: للمشتري، والمثبت من (ج).

(٣) قد سبق ذلك في أصل هذا الباب، وانظر «بدائع الصنائع» ٥/ ٢٧٢، تحفة الفقهاء ٢/ ٩٥.

(٤) راجع ص ١٠٣٢ من هذا الباب.

(٥) كذا في(ج) و (د) وفي الأصل: "إذا كان".

(٦) "البائع" ساقط من (ج) و (د).

شراءه[1]، اليمين على المشتري خاصّة، وفي النصف الذي تصادقا على بيعه[2]، الواجب هو التحالف، فيبدأ بيمين المشترى.

وإن كان المشتري يدّعي أمرا زائدا، وهو الإعتاق إلا أن دعوى العتق، تنبني على تقدم شراءه النصف، وقد اختلفا في ثمنه، فيتحالفان، ولأنا لو بدأنا بيمين البائع بالعتق لايفيد؛ لأن فائدة اليمين النكول.

ولو نكل البائع عن دعوى العتق، كان من حجّته أن يقول: أعتقت بعد ما بعت، فلا يفيد، فلهذا يحلف المشتري[3]، فيحلف في النصفين يمينا واحدة: بالله ما اشترى العبد بمائة دينار، ويؤخذ حكم العتق إلى أن يظهر حكم البيع.

فإن نكل عن اليمين[4]، لزمه بيع العبد بمائة دينار، ويعتق عليه نصفه بسعاية، ونصفه بغير سعاية؛ لأن المشتري[5] يزعم أن العبد كان بينه وبين البائع، وبإعتاق البائع عتق نصفه بغير سعاية، ووجبت السعاية في النصف موسرا كان المعتق أو معسرا.

فإذا ملكه بالنكول بعد إقراره عليه، فيعتق نصفه بغير سعاية، ويخرج الباقي إلى الحرية بالسعاية، كما لو أقرّ أوّلاً، والولاء موقوف، ويلزمه مائة دينار بنكوله.

وهذا كله قول أبي حنيفة، وهو على الرواية التي قلنا: إن يسار البائع لايوجب

---

(١) وفي (ا) و (ب) "في نصف الذي ينكر شراءه".

(٢) وفي (ج) و (د) بلفظ: "على البيع فيه".

(٣) وفي (ا) و (ب) "يحلف المشتري اولاً".

(٤) "عن اليمين" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) "المشتري" ساقط من (ج) و (د).

انتقاض البيع.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد: لايخلو: إما إن كان البائع موسرا، أو معسرا، فإن كان موسرا، فقد زعم المشتري أولاً أن إعتاق البائع أوجب انتقاض البيع، ونفذ إعتاقه في الكل من غير سعاية، فأخذنا بقوله الأول في إبطال السعاية، وحكمنا بعتق العبد بنكوله.

وإن كان البائع معسرا وجبت السعاية في النصف؛ لأن المشتري زعم أن البيع لم ينتقض، ووجبت السعاية، ولاخيار للمشتري[1]؛ لأن المبيع تغيّر بقوله، وهو دعوى العتق على البائع.

فإن قيل: كيف تجب السعاية للمشترى في نصف القيمة في قول أبي يوسف ومحمد، وقد ثبت العتق بإقراره؟ ولو كان كل[2] العبد له، فأعتق نصفه، عندهما لاتجب له السعاية.

قلنا[3]: المشتري شهد بالإعتاق، وما أوقع العتق، ألا ترى أن أحد الشريكين، إذا شهد بالإعتاق على صاحبه، لايضمن، وإن كان موسرا، ولو كانت الشهادة بمنزلة الإعتاق، كان ضامنا.

وكذا رجل قال لغيره: بعتك نصف عبدي، وأعتقتك[4]، وأنكر المشتري ذلك،

---

(١) "المشتري" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "كل" ساقط من (ج) و (د).

(٣) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "والجواب".

(٤) وفي (ا) و (ب) "واعتقته".

وحلف، كان للبائع[1] أن يستسعيَ العبد في نصفه؛ لأنه ما أوقع العتق، وإنما عتق عليه حكما لإقراره، فينفذ على الوجه الذي أقرّ به، كذلك هنا.

فإذا أخذ[2] المشتري السعاية من العبد، يتصدّق بما زاد على نصف الثمن، إن كانت السعاية من الدراهم.

طعن بعض الناس، وقال: وهذا ليس بصحيح؛ لأن المشتري لما نكل[3]، وجب عليه الثمن مائة دينار، فإذا أدّى السعاية من الدراهم، والربح لايظهر عند اختلاف الجنس، وجب أن لايتصدق، وإنما يلزمه التصدّق إذا كانت السعاية من الدنانير.

والجواب: أن السعاية لاتجب بحكم النكول؛ لأنه لايعتق باعتبار النكول[4]، وإنما يعتق باعتبار دعواه العتق على البائع، فيجب بناء السعاية، والتصدق على الدعوى، وهو في الدعوى أقرّ أن الثمن دراهم، فيتعلق حق العبد في العتق، وحقّ الشرع بالتصدق بهذا الإقرار، فلا يتغيّر بنكوله.

هذا الذي ذكرنا[5] إذا نكل المشتري عن اليمين.

فإن حلف أنه ما اشتراه بمائة دينار، ولقد اشترى نصفه بخمسمائة، جمع بين الثمنين هنا، ولم يجمع فيما تقدم.

---

(١) وفي (ج) و (د): "للمدعي".

(٢) كذا ثبت في باقي النسخ، وفي الأصل: "وجد".

(٣) وفي (ا) و (ب) بلفظ: "لما نكل عن الثمن".

(٤) وفي (ج) و (د): "بحكم النكول".

(٥) وفي (ج) و (د): "هذا كله".

واختلف المشايخ فيه: قال القاضي الإمام أبو طاهر الدبّاس[1] رحمه الله: ما ذكر هنا، وقع اتفاقا، ولانحلّفه على هذا الوجه، وإنّما نحلّفه: بالله ما اشتريته بمائة دينار.

وقال القاضي الإمام أبو حازم[2] رحمه الله: يحلف كما ذكر هنا.

وجه ما قاله أبو طاهر: أن يمين التحالف لم تسقط[3]؛ لأن في زعم المشتري أن

---

(١) هو محمد بن محمد بن سُفيان، أبو طاهر، الدبّاس، الفقيه، قال ابن النجار: إمام أهل الرأي بالعراق، وكان من أهل السنة والجماعة صحيح المعتقد، أخذ الفقه عن القاضي أبى خازم عبد الحميد عن عيسى بنَ أبان عن محمد، تخرّج به جماعة من الأئمة، وقال الصيمرى: كان من أقران عبيد الله الكرخى، وكان يوصف بالحفظ ومعرفة الروايات، بخيلا بعلمه، ضَنينا به، ولِّيَ القضاء بالشام، وخرج منها إلى مكة فمات بها. ونقل اللكنوي عن السيد أحمد الحموى فى حواشى الأشباه والنظائر أن الدباس انتساب إلى بيع الدبس المأكول، وذكر ابن نجيم صاحب الأشباه والنظائر، له حكاية ضبط الفروع فى القواعد تدل على شدة ذكائه حيث أنه جمع قواعد مذهب أبي حنيفة في سبع عشرة قاعدة، راجع «الأشباه والنظائر» ص ١٠.
ترجمته في: الجواهر المضية برقم ١٤٨، الطبقات السنية برقم ٢٢٥٠، الفوائد البهية ص١٨٧ كتائب أعلام الأخيار برقم١٦١، طبقات الفقهاء للشيرازي ١٤٢ طبقات الفقهاء لطاش كبري زاده ص ٦١، أخبار أبي حنيفة وأصحابه للصيمري ١٦٢، الوافي بالوفيات ١/ ١٦٢.

(٢) هو عبد الحميد بن عبد العزيز، القاضي، أبو حازم، وتقدم ترجمته في ص ٢٥٦، ونقل اللكنوي عن القاري أن كنيته أبو خازم، بالخاء المعجمة، وذكر ابن الأثير في جامع الأصول في ترجمة الدلحاوي أن كنيته عبد الحميد أبو حازم، بالحاء المهملة والزاي، وهذا ما ذكره قاضي خان في عدة مواضع من شرح الزيادات، وابن الهمام في كتابه «فتح القدير» ٨/ ٢٢١. و انظر «الفوائد البهية» ص ٨٦.

(٣) وفي (ج) و (د): "لم تسقطه"، وما ثبت أولى.

البيع، فات إلى بدل[1] قبل القبض، وهو السعاية، وما دام التحالف باقيا، يستحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه.

وجه ما قاله أبو حازم: أن المبيع وإن كان هالكا قبل القبض من وجه، فهو هالك بعد القبض من وجه؛ لأن المشتري لما ادّعى العتق على البائع، وأنكر البائع عتق العبد بإقرار المشتري، فكان ثبوت العتق بإقراره، بمنزلة ثبوته بإنشائه.

ولو أنشأ العتق يصير قابضًا، فكان المعقود عليه هالكا بعد القبض من وجه، وهلاك المعقود عليه بعد القبض يمنع التحالف.

ولو استبان وجوب التحالف، يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه؛ لأن فائدة التحليف النكول، فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه.

وإذا استبان سقوط التحالف، يحلف على الإثبات؛ لأنا لما سقط يمين البائع، بقي القول قول المشتري مع يمينه في دعوى الفعل.

وفي مثل هذا يحلف على الإثبات، كالمودع إذا ادّعى الردّ، وهنا وقع الاشتباه في سقوط التحالف، فيجمع بين اليمينين.

ولو جمع بين اليمينين في كل فصل، لابأس به؛ لأن البائع لما ادّعى بيع الكل بمائة دينار، فقد ادّعى بيع كل نصف منه بخمسين دينارا.

فإذا حلف المشتري: بالله ما اشتراه بمائة دينار، وانتفى بيع الكل بمائة دينار، وكان صادقًا في يمينه، لاينتفي بيع النصف بخمسين دينارا، فيجمع بين اليمينين.

فإن حلف على هذا الوجه، برئ عن دعوى البائع، بقي دعوى العتق على البائع،

---

(١) وفي (ا) و (ب) و (ج) و (د): "خلف".

والمشتري بهذه الدعوى يدّعي انتقاض العقد أو الخيار، فكان خصما على كل حال، فيحاف البائع: "بالله ما أعتقه"؛ لأنه لو حُلّفَ على البيع، ربما ينكل، فيثبت بيع النصف بخمس مائة، فيحلف على العتق بعد ذلك، فربما ينكل عن يمين العتق[1]، فينتقض ذلك البيع في بعض الوجوه، فلا يفيد التحليف على البيع، فإن نكل عن اليمين، فقد صدق المشتري، فيما قال.

فإن كان البائع موسرا، انتقض البيع بينهما عند أبي يوسف ومحمد، وكذلك في إحدى الروايتين عن أبي حنيفة، ويعتق من مال البائع، والولاء له.

وفي استسعاء البائع في نصف القيمة روايتان عن أبي حنيفة، وعندهما لا سعاية للبائع؛ لأن عندهما الشريك المعتق[2] لا يستوجب السعاية.

هذا على الرواية التي انتقض البيع.

وعلى الرواية الأخرى: يتخيّر المشتري بين الضمان والسعاية، فإن اختار التضمين، انتقض البيع؛ لامتناع أن يكون المبيع مضمونا على البائع بالقيمة، وإذا انتقض البيع، صار هذا والوجه الأول سواء.

وإن اختار السعاية، قامت السعاية مقام المبيع، فإن أبى البائع أن يسلم السعاية، إلا بخمسين دينارا، جاء أوان التحالف، وقد حلف المشتري مرّة[3]، فيحلف البائع: بالله ما بباع النصف منه بخمسمائة.

---

(١) قوله: "عن يمين العتق" ساقط من (ا) و (ب) و (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "العتق لايستوجب". وفي (ا) و (ب) "المعتق لا يستوجب"

(٣) "مرة" ساقط من (ا) و (ب).

فإن نكل عن اليمين[١] ثبت ما ادّعاه المشتري، وهو بيع النصف بخمسمائة درهم، فيأخذ السعاية بخمسمائة، ويتصدّق بالفضل إن كانت السعاية من الدراهم، وإن كانت من الدنانير، لايتصدق بشيء؛ لما مر[٢].

ومن المشايخ من قال: في هذا الفصل، وهو ما إذا ادّعى المشتري العتق، يبدأ بيمين البائع أوّلاً، فيحلف البائع أوّلاً على العتق[٣]؛ لأنه متى ثبت ذلك، كان للمشترى أن ينقض البيع في النصف المقرّ به، فلايفيد التحالف.

كما لو اختلفا في الثمن، وللمشتري خيار رؤية، أو شرط، أو عيب، فإنهما لايتحالفان، فكذا إذا ادّعى المشتري العتق على البائع.

وقد ذكرنا الجواب عن هذا أن دعوى المشتري العتق على البائع، لاتسمع ما لم يتقرّر بيع النصف.

هذا إذا كان البائع موسرا، ونكل عن يمين العتق.

فإن كان معسرا، وجبت السعاية على العبد للمشتري[٤] في نصف قيمته، ويخيّر المشتري لتغيّر المبيع بإعتاق البائع قبل القبض، فإن نقض البيع، عاد كله إلى البائع، ولايسعى للبائع في شيء؛ لأن البائع[٥] حين ادّعى الثمن على المشتري، فقد أبرئ العبد

---

(١) قوله: "عن اليمين" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "بشيء؛ لما مر" ساقط من(ا) و (ب).

(٣) وفي (ا) و (ب) "ويحلف على العتق".

(٤) "للمشتري" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "البائع" ساقط من (ج) و (د).

عن السعاية.

وذكر بعضهم أنه يسعى للبائع في نصف قيمته، وهو النصف الذي اتفقا على البيع فيه؛ لأن البائع قام مقام المشتري في هذا النصف، وقد كان يسعى للمشترى في هذا النصف، فإذا عاد إلى البائع، قام البائع مقامه، ويكون موقوف الولاء.

وإن اختار المشتري أخذ السعاية، وأبى البائع تسليم السعاية بخمس مائة درهم، كان هذا وما لو كان البائع موسرا، ونكل عن يمين العتق، واختار المشتري السعايةَ سواء.

هذا الذي ذكرنا إن نكل البائع عن يمين العتق، فإن حلف: "بالله ما أعتقَه"، وقد كان البائع موسرا، قال محمد رحمه الله: لزم المشتري خمس مائة في قياس قول أبي حنيفة، وأبي يوسف رحمهما الله، ويعتق العبد، ولايسعى لواحد منهما؛ لأن البائع لما حلف على العتق، بقي العتق مضافا إلى المشتري، ويصير المشتري قابضا، وهلاك المبيع في ضمانه، يمنع التحالف.

وقد حلف المشتري على دعوى البائع، فيلزمه ما أقرّ به، وعتق العبد بإقراره، ولايسعى في شيء؛ لأن المشتري يزعم أن البيع قد انتقض في قول أبي يوسف، وكذلك عند أبي حنيفة ومحمد، وقد قال مشايخنا قولُ أبي حنيفة مع أبي يوسف هنا غلطٌ من الكاتب(١).

ويجب أن يجري التحالف بينهما، ويجب السعاية في قول أبي حنيفة، وادّعاؤه العتق على صاحبه، لايبرئ العبد عن السعاية، كما لو شهد أحد الشريكين على صاحبه بالعتق، كان للشاهد أن يستسعي العبد في قول أبي حنيفة، موسرا كان المشهود عليه أو

---

(١) أي: وقع سهو من ناسخ «الزيادات».

معسرا.

ألا ترى أنه فرّق هنا بين يسار البائع وإعساره، وعند أبي حنيفة يسار المعتق لايمنع السعاية[1]، فدلّ ذلك على أن ذكر قول أبي حنيفة مع أبي يوسف، ههنا غلط وقع من الكاتب[2].

ومنهم من حمل قول أبي حنيفة على الرواية الأخرى، لأبي حنيفة: أن يسار البائع يوجب انتقاض البيع، فإذا زعم المشتري انتقاض البيع، لايحلف البائع على البيع، ويقضى على المشتري بخمس مائة، وحكمه ما قلنا.

وأما عند محمد: بهلاكه لايسقط التحالف، وقد حلف المشتري مرّة، فلا يحلف ثانيا، فيحلف البائع: بالله ما باع النصف منه بخمس مائة درهم، فإن نكل، فالأمر على ما قاله[3] أبوحينفة وأبو يوسف، لزمه البيع في النصف بخمسمائة درهم.

وإن حلف، تمّ التحالف، فينتقض البيع في النصف الذي تصادقا على بيعه بنصف قيمته، ويردّ المشتري نصف قيمة العبد.

هذا إذا كان البائع موسرا، فإن كان معسرا، وقد حلف أنه ما أعتقه، فالسعاية واجبة عند الكل، ولاخيار للمشتري؛ لأن تغيّر المبيع مضاف إلى دعوى المشتري الإعتاقَ.

فإن أبي البائع أن يسلم السعاية، حلف البائع: "بالله ما باع النصف منه بخمس مائة درهم"، فإن نكل، أخذ المشتري السعاية، وحُكم التصدق ما قلنا.

(١) وفي (ا) و (ب) "لا يمنع وجوب السعاية".

(٢) وجاء في (ا) و (ب) و (ج) و (د) بعبارة: "وقع غلط من الكاتب" وما أثبت أولى.

(٣) وفي (ج) و (د) "فالأمر كماقاله"

وإن حلف، ترادّا البيع؛ لقيام المبيع ببدله، وهو السعاية، وتكون السعاية للبائع؛ لأنها وجبت بإيجاب المشتري، وقامت مقام المبيع، فإذا انتقض البيع، عادت إلى البائع، بخلاف ما تقدم؛ لأن فيما تقدم السعاية[1] وجبت بدعوى البائع؛ لأن دعوى الإعتاق كان من جهته، فإذا عادت إليه، تسقط بناءً على زُعمه.

وإن كان المشتري قبض العبد، والمسألة بحالها، فالجواب كذلك، إلا في خصلتين: الخيار، والتصدّق بفضل السعاية.

وينبغي أن لاتسمع دعوى المشتري العتق على البائع؛ لأنه لايدّعي نقضا، ولاخياراً، إلا أن يكون موسرا، فيدّعي الضمان على البائع، و لايستحلف بدون الدعوى، إنما اختلف أصحابنا في الشهادة على عتق العبد من غير دعوى.

الفصل الثالث:

أن يدّعي كل واحد منهما الإعتاق على صاحبه، فإن بدأ البائع، فقال: بعته منه بمائة دينار، وأنه أعتقه، وقال المشتري: ما اشتريت إلا نصف بخمس مائة درهم، وما أعتقته، بل أعتقه البائع، يحلف المشتري يمينا واحدة: "بالله ما اشتراه بمائة دينار، وما أعتقه"، لأن البائع لما بدأ بالدعوى توجّهت اليمين على المشتري أوّلاً.

فإن نكل، لزمه العبد بمائة دينار، وعتق عليه؛ لأنه أقرّ بجميع ما ادّعى، ولايسعى العبد له في شيء؛ لأنه أقرّ أنه أعتق الكل.

وإن حلف المشتري، يحلف البائع: "بالله ما أعتقه"، لأن المشتري لما حلف، بقي نصف العبد على ملك البائع، فيتوجّه عليه دعوى المشتري؛ لأنه يدّعي انتقاض العقد، أو

---

(١) وفي (ا) و (ب) "لأن ثم السعاية".

الخيار لنفسه.

فإن نكل عن اليمين[1]، ظهر ما ادعاه المشتري، فإن كان البائع موسرا، انتقض البيع بينهما عند أبي يوسف ومحمد، وفي أظهر الروايتين[2] عن أبي حنيفة رحمهم الله، وفي رواية أخرى عنه: يخيّر المشتري.

وإن كان البائع معسرا، يخيّر المشتري؛ لأن التغيّر حصل بدعوى البائع، لأنه هو الذي بدأ[3] بدعوى الإعتاق، خصوصًا إذا نكل، فإن اختار نقضَ البيع، عتق العبد، ولايسعى للبائع؛ لأن البائع ادّعى الثمنَ والعتق على المشتري، فصار مبرئًا له عن السعاية.

وإن اختار إمضاء البيع، وأبى البائع أن يسلم السعاية، إلا بخمسين دينار، حلف البائع: بالله ما باعه النصف بخمس مائة درهم، فإن نكل، أخذ المشتري السعاية بخمس مائة درهم، ويتصدّق بالفضل على ما مرّ.

وإن حلف، ترادّا البيع، وعتق كله على البائع؛ لأنه أقرّ بحرّيته، حيث أقرّ بإعتاق من كان مالكا في زعمه، فيؤاخذ بإقراره إذا ملكه، ولايسعى له في شيء؛ لأنه أبرأه عن السعاية بدعوى الثمن[4]، والعتق على المشتري.

هذا إذا نكل البائع عن يمين العتق، فأما إذا حلف: بالله ما أعتقه، فهو على وجهين، إما إن كان البائع موسرا، أو معسرا.

---

(١) قوله: "عن اليمين" ساقط من (ا) و (ب) و (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "إحدى الروايتين".

(٣) وفي (ا) و (ب) و (ج) و (د): "هو البادئ".

(٤) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "وادّعى الثمن".

فإن كان موسرا، عتق كله؛ لأنهما تصادقا على عتقه، فإن كلّ واحد منهما أقرّ بنفوذ العتق فيه ممن كان مالكا، ولايسعى لواحد منهما؛ لأن المشتري يزعم أن البيع قد انفسخ بإعتاق البائع.

والبائع يزعم أن حقه في الثمن دون السعاية، وغرم المشتري للبائع خمسمائة درهم مع يمينه: بالله أنه اشترى نصفه بخمسمائة؛ لأن البائع لما حلف أنه لم يعتقه، لم يثبت العتق من جهته، فصار العبد هالكا قبل القبض، لا إلى بدل؛ لأن المشتري لايستوجب السعاية إذا كان البائع موسرا في قول أبي يوسف، وكذلك في قول أبي حنيفة في رواية.

ولايتحالفان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ويكون القول قول المشتري مع يمينه.

ثم قال في الكتاب[1]: مع يمينه: بالله لقد اشترى نصفه بخمس مائة درهم؛ لأنه لم يحلفه على هذا الوجه في الابتداء، فإذا بطل التحالف في الانتهاء، عاد إلى اليمين على الإثبات.

وأما عند محمد يتحالفان، ويترادّان البيع في ذلك النصف؛ لأن عنده هلاك المبيع لايمنع التحالف، والمشتري وإن كان يزعم انتقاض العقد، فالبائع ينكر ذلك، وينازعه، فوجب تحليفه.

فإن حلف، غرم المشتري للبائع نصف قيمة العبد، كما هو حكم التحالف عنده بعد هلاك المعقود عليه، هذا إذا كان البائع موسرا.

---

(١) هكذا وردت العبارة في جميع النسخ، وهي لا تخلو من غموض، ولعل المراد أن الإمام محمد قال في الزيادات أن القول قول المشتري مع يمينه: "بالله لقد اشترى نصفه بخمس مائة درهم"، والله أعلم.

وإن كان معسرا، وقد حلف أنه ما أعتقه، يخيّر المشتري لتغيّر المبيع في ضمان البائع بقول البائع، حيث ابتدأ بدعوى الإعتاق على المشتري، أو لايجعل مضافا إلى البائع[1]، ولا إلى المشتري؛ لأن كل واحد منهما، حلف على العتق، فبقي التغيّر حاصلا لابصنع أحد، وذلك يوجب الخيار.

فإن اختار المشتري[2] نقض العقد، لم يسع العبد لواحد منهما، أما المشتري فظاهر، وأما البائع فلأنه يدعي الثمن، ويبرئ عن السعاية، فيعتق من غير سعاية[3].

وإن اختار الإمضاء، وأبى البائع أن يسلم السعاية، جاء أوان التحالف فيتحالفان؛ لأن المشتري يدّعى السعاية في هذا الوج ، فكان المبيع هالكا ببدل، والبائع وإن كان لايدّعي السعاية، لكن يمين البائع حق المشتري، فيحلف البائع: بالله ما باع النصف منه بخمسمائة، فإن نكل، أخذ المشتري السعاية بخمسمائة درهم، وحكم التصدق ما قلنا.

وإن حلف، ترادّا البيع، وبطلت السعاية؛ لما قلنا، هذا إذا كان قبل القبض، وإن كان بعد القبض، فهذا وما تقدم سواء، إلا في خصلتين: إحداهما: أنه لايتصدق بشيء، والثانية: أنه لاخيار للمشتري.

وهنا خصلة أخرى: أن هنا على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لايتحالفان؛ لأن عندهما تغير المبيع في ضمان المشتري، يمنع التحالف ، فالهلاك أولى[4]، ولايحلف البائع على دعوى المشتري.

---

(١) في الأصل: "مضافا إليه"، والمثبت من (ج) و (د).

(٢) "المشتري" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "ويبرئ عن السعاية، فيعتق من غير سعاية." ساقط من (ا) و (ب)

(٤) سقط قوله: "فالهلاك أولى" في (ا) و (ب) و (ج) و (د).

وإن[1] كانت البداية بدعوى الإعتاق من المشتري، والمسألة بحالها، يحلف المشتري: "بالله ما اشتراه بمائة دينار"، ولم يذكر العتق، ثم قال بعد ذلك: فإن حلف المشتري: "بالله ما اشتراه بمائة دينار وما أعتقه."

وحاصله: أن القاضي بالخيار، إن شاء بدأ بحكم العقد، ثم بالعتق، بخلاف ما تقدم، لأن فيما تقدم الاستحلاف على العتق بدعوى البائع يؤكّد الثمن، ويجعل المبيع في ضمان المشتري.

وهنا مقصود البائع حاصل من غير يمين المشتري على العتق، لأن المشتري لما بدأ بدعوى العتق، كان ذلك استهلاكا، وبالاستهلاك[2] يدخل المبيع في ضمانه، فلا يحلف على دعوى العتق إن شاء، وإن شاء نظر للمشتري، ويجمع بين اليمينين، ولاينظر إلى البداية؛ كيلا يؤدي إلى تكرار اليمين.

فإن جمع، كان هذا والفصل الأول سواء، إلا أنه لاخيار للمشتري هنا إذا حلف البائع أنه لم يعتقه، وهو معسر، حتى وجبت السعاية؛ لأن التغيّر جاء من جهة المشتري، حيث بدأ بدعوى الإعتاق، وفي الفصل الأول التغيّر والفساد جاء من جهة البائع، حيث بدأ بدعوى الإعتاق، أمّا فيما وراء ذلك، الجواب فيه كالجواب فيما تقدم، فإن أقرّ، وحلف يحكم العقد.

فإن نكل المشتري عن اليمين بالشراء، لم يستحلف على العتق بدعوى البائع؛ لأن حقه قد ثبت، وصار المشتري مستهلكا بإقراره بالعتق على البائع، وإنما يستحلف بدعوى

---

(١) زاد في الأصل هنا: "الفصل الرابع" وهو خطأ من الناسخ، لم يثبت في النسخ الأخرى، وسيأتي الفصل الرابع في الصفحات التالية.

(٢) "وبالاستهلاك" ساقط من (ا) و (ب) وفيه "فيدخل"

العبد.

وإن حلف المشتري على الشراء، فإن البائع يستحلف على العتق أولاً، فإن نكل، صار كالإعتاق المعايَن، ويخيّر المشتري في السعاية، إذا كان البائع موسرا[1].

وإن [حلف البائع][2]، حُلّف المشتري حينئذ على الإعتاق بدعوى البائع، فإن نكل صار كالإعتاق المعاين، فصار كعبد بين اثنين، أعتقه أحدهما، ثم يبطل يمين التحالف في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لهلاك المعقود عليه، ولا يبطل عند محمد.

ثم في كل موضع ثبت العتق في نصيبه بإعتاقه، ثبت الولاء له، وإن ثبت العتق في نصيبه بإعتاق شريكه، وشريكه منكر، فالولاء موقوف؛ لأن كل واحد منهما، يدفع الولاءَ عن نفسه.

وإن ادّعياه معًا، فهذا وما لو بدأ المشتري، بدعوى العتق سواء؛ لأن الفساد في نصيب كل واحد منهما مضاف إليه، لا إلى شريكه، فكان الجواب فيه، كالجواب فيما إذا بدأ المشتري بدعوى العتق.

الفصل الرابع:

أن يختلفا في البيع من غير دعوى العتق، ثم حلف البائع، وقال: هو حر إن لم يبعه كله بمائة دينار، وحلف[3] المشتري، وقال: هو حر إن اشترى، إلا نصفه بخمسمائة

---

(١) كذا ثبت في (ا) و (ب) و(ج) و (د)، وجاء في الأصل: "معسرا"، وهو خطأ.

(٢) لم يثبت ما بين المعكوفتين في الأصل، وزيد من (ج) و (د)، وفي (ا) و (ب): "وإن حلف حلف المشتري".

(٣) في الأصل: "يحلف المشتري"، وما ثبت أصح.

درهم، فقد شهد كل واحد منهما بالعتق على صاحبه.

قال محمد رحمه الله: البادئ باليمين هو البادئ بدعوى العتق؛ لأن كل حالف[1] يدّعي البرَّ في يمينه، والحنثَ على الحالف الآخر، فكان كل واحد منهما مدّعيا مكذّبا صاحبه، فالحالف الأول مكذبٌ صاحبه قبل تكذيب الثاني الأول، فيكون الفساد مضافا إلى البادئ باليمين.

طعن عيسى[2] رحمه الله، وقال: هذا غلط، بل البادئ منهما باليمين[3]، هو المتأخّر في دعوى العتق؛ لأنهما لمّا اختلفا، وتناكرا، ثم حلف أحدهما، فقد كذّبه الآخر في يمينه بالإنكار السابق، وصار شاهدا على صاحبه بالإعتاق، والحنث في يمينه.

أما البادئ لايتصور أن يكون شاهدا على صاحبه بالحنث قبل اليمين، فلا يكون شاهدا عليه بالإعتاق، إلا بعد اليمين[4].

فالجواب: إنما نحتاج إلى معرفة البادئ بدعوى العتق، لنضيف الفساد إليه، ونبني حكما شرعيا، فيبطُل الخيار، أو يثبت، وكل واحد منهما بعد التناكر، جعل منكرا بناءً على استصحاب الحال، والثابت باستصحاب الحال[5] لايصلح حجةً لأمر لم يكن[6].

---

(١) وفي (ا) و (ب) "كل واحد".

(٢) هو الإمام عيسى بن أبان بن صدقة، القاضي، أبو موسى، وتقدم ترجمته في ص ٤٠٩.

(٣) وفي (ا) و (ب) "باليمين منهما".

(٤) "إلا بعد اليمين" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) "الاستصحاب" في اللغة: استفعال من الصحبة، قال ابن فارس: الصاد والحاء والباء أصل واحد يدل على مقارنة شيء ومقاربته، وكل شيء لازَمَ شيئا فقد استصحبه، فيكون معنى الاستصحاب في اللغة الملازمة وعدم المفارقة. «معجم مقاييس اللغة»، مادة "صحب".

فإذا حلف أحدهما، كان صاحبه مكذبا له باستصحاب الحال، فلا يصلح ذلك لإثبات أمر لم يكن، والذي حلف، أكّد إنكاره باليمين، وخرج من أن يكون محتملا للنقض، فيصلح حجة.

فإذا حلف صاحبه، صار البادئ باليمين بالإنكار المؤكد باليمين، شاهدا عليه بالحنث، فكانت شهادته على صاحبه بالعتق أسبق، ولو حلف معا، فهو بمنزلة ما لو ادعيا العتق معًا، وقد بيّنا ذلك.

أما الفصل الخامس:

الذي ختم به الباب[1]، وهو أنهما حلفا قبل التناكر[2]، بأن قال البائع: "بعت منك

و الاستصحاب عند الفقهاء: "لزوم حكم دل الشرع على ثبوته ودوامه". و عرّفه الجرجاني بأنه: "عبارة عن إبقاء ماكان على ما كان عليه، لانعدام المغير، وهو الحكم الذي يثبت في الزمان الثاني بناءً على الزمان الأول"، وهو أصل من أصول الشريعة تدور عليه مسائل وفروع، وتصدّى الفقهاء والأصوليون لبيانه في كتب الأصول والقواعد الفقهية. انظر «الكليات» لأبي البقاء، ص١٠٦، «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١/ ٢١. «شرح المجلة» لخالد الأتاسي ١/ ٢٠، «التعريفات» للجرجاني ص ٣٤.

(٦) عبّر الإمام الحَصيري هذه القاعدة بقوله: "الثابت بالظاهر لايعتبر لإثبات ما لم يكن"، «التحرير شرح الجامع الكبير» للحصيري، مخطوط، ورق ٦/ ٧٨٢. وانظر «القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير» ص٤٨٥.

و ذكرها الإمام السرخسي في المبسوط بوضوح أكثر، فقال: استصحاب الحال معتبر في إبقاء ماكان على ما كان، وهو غير معتبر في إثبات ما لم يكن. انظر «المبسوط» ١١/ ٢٤، ٤٦، «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١/ ٢١.

(١) كذا في بقية النسخ، وفي الأصل: "الذي ثَمّ ختم الباب"

بمائة دينار، وهو حرٌّ إن لم يكن بعتك بمائة دينار"، وقال المشتري: "هو حر إن كنت اشتريت منك، إلا نصفه بخمس مائة درهم"[1]، فالفساد يضاف إلى المشتري على كل حال[2]، تقدم أو تأخر، أو تكلّما معًا؛ لأن أول الكلام لايصير شهادة؛ لعدم المنازعة والإنكار، فيتوقف على وجود الثاني.

والثاني كما يوجد، يوجد شهادة لتقدم المنازعة، فيصيران شهادة في ساعة واحدة، فيصير كأنهما ادعيا معًا، فكان الفساد مضافا إلى المشتري[3].

ـ والله أعلم ـ

---

(٢) العبارة في (ا) و (ب): "وهو ما إذا حلفا قبل المناكرة".

(١) "درهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) انظر «فتاوى قاضي خان» ٢/ ٢٢٥.

(٣) فصّله الإمام قاضي خان في فتاواه بأن رجلا اشترى عبدا واختلفا في الثمن وحلفا، فقال البائع: إن بعته إلا بألف درهم فهو حر، وقال المشتري: إن اشتريته إلا بخمس مائة درهم فهو حر، فالبيع لازم للمشتري، ويجبر المشتري على الثمن الذي أقرّ به، ولايعتق العبد، لأن البائع أقرّ أن المشتري يحنث في يمينه وعتق عليه العبد، فلا يمكن نقض البيع، ولايعتق العبد، فكان على المشتري الثمن الذي أقرّ به، لأنهما تصادقا على ثبوت الملك للمشتري، والمشتري ينكر العتق، فلايعتق العبد، وإنما يلزمه الثمن الذي أقر به لأنه ينكر الزيادة. «فتاوى قاضي خان» على هامش الفتاوى الهندية، ٢/ ٢٢٥.

باب من البيوع التي يكون فيها الشروط ولايوفي بها

جمع محمد رحمه الله في الباب بين شرطين:

أحدهما: يتعلق بفواته خيار الردّ، والثاني: يتعلق بفواته فساد العقد، وكل واحد على[1] وجهين: إما أن أفرد كل واحد منهما، أو جمع بينهما في عقد واحد.

وبنَى الباب على على أصول ثلاثة:

أحدها: أن فوات المشروط الذي يُعدّ[2] نقصانا يوجب خيار الردّ؛ لأن المشروط مرغوب فيه؛ لما يتعلق به من زيادة المالية، فكان بمنزلة صفة السلامة[3].

والثاني: أن المشار إليه إذا كان من جنس المسمى، تعلق العقد بالمشار إليه، ويثبت الخيار لعدم المسمى، ولايبطل العقد، وإذا كان من خلاف جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى، فيبطل لعدمه؛ لأن التسمية للتعريف، والإشارة كذلك، وكل واحدة منهما، تفيد غير ما أفادته الأخرى، فيجب اعتبارهما.

---

(١) وفي (ا) و (ب): "وكل ذالك على".

(٢) في (ج) و (د): لايعدّ نقصانا"، وهو خطأ.

(٣) فوات الوصف المرغوب فيه المستحَقّ في العقد بالشرط يوجب التخيير، لأنه ما رضي به بدونه، فصار كفوات وصف السلامة. انظر «الهداية» ٣/ ٣٢، «فتح القدير» ٦/ ٣٠٧، ٣٠٨، «اللباب بشرح الكتاب» ١/ ٢٠٤.

فإذا انعدم المسمّى، تعذّر اعتبارهما، فعملنا بالإشارة في الجنس الواحد، وقلنا: بجواز العقد وثبوت الخيار؛ لانعدام الوصف المشروط، وعملنا بالتسمية في الجنسين، فيتعلق العقد بالمسمّى، والمسمى[١] معدوم فبطل؛ ليكون عملا بهما، ولم نعمل على العكس؛ لأنا لو اعتبرنا الإشارة في الجنس، وقلنا: بجواز العقد مع كثرة التفاوت بينهما في المنفعة والمالية[٢]، يلزمنا[٣] القول بجواز العقد في الجنس الواحد عند قلة التفاوت في المنفعة والمالية، فيتعطل العمل بالدليلين.

والثالث: أن المستحق بالشرط أدنى ما ينطلق عليه ذلك الاسم؛ لأن الأدنى[٤] متيقّن؛ لأنه مستفاد من الاسم بيقين، أمّا الزيادة لاتستفاد من الاسم بيقين، والزيادة على الأدنى مجهولة غير مضبوطة.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل اشترى عبدا على أنه خبّاز أو كاتب، صحّ العقد والشرط؛ لأنه شرَط وصفا يزيد في المالية، فكأن ملائما، بمنزلة اشتراط صفة الجودة.

بخلاف ما لو اشترى ناقة، على أنها حامل، أو على أنها لبون[٥]، حيث لايصح

---

(١) وفي (ج) و (د): "وأنه معدوم" بسقوط المسمى.

(٢) "بينهما في المنفعة المالية" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) وفي (ج) و (د): "لزمنا".

(٤) وفي (ج) و (د): "لأنه متيقّن".

(٥) هذا قول الإمام محمد رحمه الله، رواه ابن سماعة عنه، واختاره الإمام الكرخي، ذكره السرخسي ونقل عنه أن هذا وما لو شرط أنها تحلب كذا سواء، لان اللبن زيادة مال منفصل، ولا

العقد؛ لأنه شرط عَينا لايدري وجوده، ولايعرف حياته[1]، والأعيان يقابلها البدل، فجهالتها تمنع جواز العقد، أمّا هذا اشتراط وصف، والأوصاف لايقابلها البدل[2]،

يكون لبونا حلوبا إلا به، وتلك الزيادة مجهولة على ما مر، فصار كما لو اشترى على أنها حامل.

ويرى الإمام الطحاوى أن هذا شرط وصف مرغوب فيه، فلا يفسد العقد به، كما لو شرط في العبد أنه كاتب أو خباز، ولان هذا يذكر علي سبيل بيان الوصف لا علي سبيل الشرط، لان هذا وصف مرغوب فيه، كما إذا اشتري فرسا على أنها هملاج أو اشتري كلبا على أنه صائد، فانه يجوز كذلك هنا، وهكذا روي الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى في الحلوب، بخلاف ما إذا اشترط أنها تحلب كذا، لان الفساد باشتراط مقدار لبن في الضرع، ولا طريق إلى معرفته.

وفي حدّ تعبير البابرتي: "ضمّ المعلوم إلى المجهول يصير الكلّ مجهولا. راجع «المبسوط» ١٣/ ٢٠، «فتح القدير» و«العناية» ٦/ ٣٠٧.

(١) لقد أجاد ابن الهمام في بيان ضابط له: بأن الأصل في اشتراط الأوصاف أن ما كان وصفا لا غَرَر فيه فهو جائز، وما فيه غرر لا يجوز، إلا أن يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجوده، وهو ما ليس مرغوبا فيه، فعلى هذا يتفرّع ما لو باع ناقة أو شاة على أنها حامل أو تحلب كذا فالبيع فاسد عندالحنفية، لأنه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها، حتى لوشرط أنها حلوب جاز. انظر «فتح القدير مع العناية» ٦/ ٣٠٦.

(٢) الأوصاف لا يقابلها شيئ من الثمن بمجرد العقد، فليس له أن يأخذ في مقابل فواته شيئا، وهذا لأن الثمن عين، فإنما يقابله مثله، والوصف دونه، فإنه عَرض لا يحرز بانفراده، فلا يقابل به إلا تبعا لمعروضه غير منفرد عنه. وقوله: "بمجرد العقد" احتراز عما إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة، كما لوضرب البائع الدابة، فتعيّبت، فإن الوصف حينئذ يفرد بالضمان، ويتخير المشتري، وكذا إذا قطع البائع يد المبيع قبل القبض، فإنه يسقط نصف الثمن، لأنه صار مقصودا

فاشتراطها لايمنع جواز العقد، ثم إذا جاز هذا العقد[1]، فإن وجده غير خباز، أو غير كاتب، كان له الخيار[2]؛ لما قلنا في أصل الباب.

فإن لم يردّ حتى تعيّب عنده بعيب، أو مات، يرجع بالنقصان، فيقوّم خبّازا، أو كاتبا أدنى ما ينطلق عليه هذا الاسم؛ لما قلنا: إن المستحق بالشروط[3] أدنى ما ينطلق عليه هذا الاسم[4]، ويقوّم غير خباز، فيرجع بفضل ما بينهما.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه إذا تعذر الردّ هنا، لايرجع بشيء[5]؛ لأن الخيار إنما يثبت له بحكم الشرط، لا بحكم العقد، فإذا تعذر الردّ، لايرجع بشيء، كما إذا اشترى شيئًا بشرط الخيار، وتعذّر الردّ بحكم الخيار، لايرجع بشيء.

وجه ظاهر الرواية: أن الخيار ما ثبت بحكم الشرط، لكن بحكم الشرط صار الوصف المذكور مستحقا بالعقد، بمنزلة صفة السلامة، فكان الخيار الثابت هنا في معنى خيار العيب، فيرجع بالنقصان إذا تعذر الرد[6]

بالتناول، أو حكما بأن امتنع الرد لحق البائع، كأن تعيب عند المشتري بعيب آخر أو لحق الشرع بأن جنى جناية. راجع «فتح القدير» ٦/ ٣٢٩.

(١) "هذا العقد" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) راجع الهداية ٣/ ٣٥، و«فتح القدير» مع العناية ٦/ ٣٠٧

(٣) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): "بالشرط".

(٤) وقوله: "إن المستحق الى هذا الاسم" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) انظر «فتح القدير» ٦/ ٣٠٧.

(٦) انظر الهداية ٣/ ٤٢، وراجع فتح القدير مع العناية ٦/ ٣٠٧.

وكذا لو اشترى جارية على أنها بكر، فوَجدها ثيّبا باعتراف البائع، أو اشترى تمرا على أنه فارسيّ، فإذا هو دقل، لما قلنا.

فإن لم يردّ حتى تعيّب بعيب، تقوّم بكرا، وثيبا، ويقوّم التمر فارسيًا أدنى ما يكون، ويقوّم دقلا كما هي[1].

فإن كانت قيمة الفارسيّ أكثر يرجع بذلك القدر من الثمن.

وإن كانت قيمة هذا الدقل مثل الفارسي، لايرجع بشيء؛ لأنهما إذا استويا في القيمة، لم يكن الفائت شيئا متقوّما، فلا يكون له قسط من الثمن.

وكذا لو اشترى قَوْصَرّة[2] تمر على أنه فارسيّ جيّد، فإذا هو رديء، ردّه إن شاء، فإن أصابه ماء، ففسد، قوّم على هيئته، ويقوّم جيّدا: أدنى ما ينطلق عليه اسم "الجيّد"، فيرجع بالفضل.

ولو اشترى شاةً على أنها نعجة، فوجدها كبشا، صحّ العقد؛ لأن الجنس واحد؛ لقلة التفاوت بينهما في المنفعة المطلوبة، لأن معظم المقصود من الشاة اللحم، ومنفعة الدرّ والنسل لاتقوم بالأنثى وحدها، بل تحصل بالأنثى والذكر، فلا يعتبر ذلك، ينظر إلى ما يقوم بالمشروط وحده.

---

(١) وفي (ج) و (د): "كما هو".

(٢) "القَوْصَرّة": بالتشديد والتخفيف، وعاء التمر يتخذ من قصب، وذكر المطرّزي أن قولهم: "وإنما تسمّى بذلك ما دام فيها التمر وإلا فهي زبيل" مبني على عرفهم. «المغرب في ترتيب المعرب» ٢/١٨١، «المصباح المنير» مادة: قصر، ٢/٥٠٥.

وكذالك[١] في سائر البهائم، الذكر والأنثى جنس واحد؛ لقلة التفاوت بينهما في المنفعة المطلوبة، من الركوب والحمل، بخلاف الذكر والأنثى في بني آدم.

إذا اشترى[٢] على أنها وصيفة[٣]، فإذا هو وصيف؛ لايصح العقد استحسانا؛ لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود، فإن المقصود من العبد الاستخدام، ومن الأمة الاستفراش.

وإذا صح العقد في البهائم، كان له الخيار لفوات الوصف المرغوب، فإن تعيّب عنده بعيب، قوّم كبشا كما هو، ونعجة كما شرط، فإن استوت قيمتها، أو كانت قيمة الكبش أكثر، لايرجع بشيء، وإن كانت قيمة النعجة أكثر، ينظر إلى التفاوت، إن كان عشرا، يرجع بعشر الثمن، كما في العيب.

ولو اشترى أمة، فوجدها محترقة الوجه، لايستبين لها قبح ولاجمال، ردّها، فإن أصابها عيب عنده[٤]، قوّمت محترقة الوجه، كما هي، وقوّمت غير محترقة على القبح، فيرجع بحصّة الفضل.

فإن قال المشتري: أنا أقوّمها على الجمال، وقال البائع: على القبح، يعمل بقول البائع؛ لأن القبح ليس بعيب، والجمال وصف زائد، لايستحق بمطلق البيع، ألا ترى أنه

---

(١) وفي (ج) و (د): "وكذا".

(٢) وفي (ا) و (ب) "إذا اشترى شخصاً على".

(٣) الوَصيف: الغلام، والجمع وُصَفاء، والجارية وصيفة وجمعها وصَائف. المغرب: ٢/ ٣٥٧.

(٤) راجع الهداية ٣/ ٤١، وفتح القدير مع العناية ٥/ ١٥٩.

لو اشترى جارية فوجدها قبحة لاترد،[1] لأن المستحق من السلامة أدنى ما ينطلق عليه الاسم.

الفصل الثاني:

إذا اشترى[2] قوصرتي تمر، على أنهما فارسيّتان[3] بثمن واحد، فوجد أحدَهما دقلا قبل القبض، كان له الخيار، إن شاء أخذهما، وإن شاء ردّهما، وإن كان قبضهما، ردّ الدقل خاصةً بحصته من الثمن، لأن الموجِب للردّ قام بأحدهما، إلا أن الصفقة لاتقيّم[4] إلا بقضبهما جميعًا.

فلو ردّ أحدهما قبل القبض كان فيه تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، وذلك لايجوز، أما بعد القبض، والصفقة قد تمّت، إلا ما قام به العلة المثبتة للردّ[5]، كما في خيار العيب.

ألا ترى أنه إذا استحق أحدهما بعد القبض، رجع بحصّة المستحق من الثمن، والآخر لازم له، وقبل القبض إذااستحق أحدهما، كان له أن يردّ الآخر.

وفيه دليل على أن الخيار الثابت بفوات الشرط بمنزلة خيار ا العيب، لا بمنزلة خيار

---

(١) سقط قوله: "لايستحق بمطلق البيع، ألا ترى أنه لو اشترى جارية فوجدها قبحة لاترد" من (ج) و (د).

(٢) راجع الهداية ٣/ ٤٦، وفتح القدير مع العناية ٥/ ١٧٤ .

(٣) وفي النسخ الأخرى: "فارسيان".

(٤) في (ا) و (ب) "لا تتم"

(٥) عبارة في (ا) و (ب): "إلا أن الرد بقيام العلة المثبتة للردّ"

الشرط، فإن في خيار الشرط، لايردّ البعض بعد القبض، كما لايردّه قبل القبض، بل يردّهما، أو يمسكهما.

وهنا فرق بين ما قبل القبض، وما بعده، وفيه دليل على أن الكيلي أو الوزني في الأوعية المختلفة، بمنزلة الأشياء المتفاوتة في حق العيب.

وإذا اشتراها في وعاء واحد، أو لم يكن في وعاء، فهو كشيء واحد، إذا وجد ببعضه عيبا قبل القبض أو بعده، ردّ الكل أو أمسكه، فإن حدث بالدقل عيب عند المشتري[1]، قوّم فارسيا على[2] أدنى ما يكون، ويقسّم الثمن عليه وعلى الفارسي الآخر، ثم ينظر إلى قيمته، وهو دقل، وإلى قيمته فارسياً أدنى ما يكون، فيرجع بالفضل إن كان بينهما فضل.

وكذا لو اشترى عبدين على أنهما خبّازان، أو كاتبان، فوجد أحدهما، لايُحسن ذلك، فهو على ما ذكرنا من الجواب، قبل القبض وبعده.

وكذا لو اشترى خمسين شاة، على أنها نِعاج، فوجد البعض فُحولا، فهي على ما ذكرنا من الجواب.

وكذا لو اشترى جاريتين، على أنهما بِكران، فإذا إحداهما ثيب، أو اشترى عبدين، على أنهما طَخاديان، فإذا أحدهما سندي، جاز العقد، وله الخيار، وعند تعذّر الردّ، يرجع بالنقصان على الوجه الذي قلنا.

---

(١) وفي (ج) و (د): "عنده".

(٢) "على" ساقط من (ج) و (د).

وكذا لو اشترى طَيْلَسَانَين[١]، على أنهما طرازيان، فإذا أحدهما خُواريّ[٢]، فهو جائز؛ لأن الجنس واحد[٣]، لأن الكل يستعمل استعمال الطيالسة، وعن أبي يوسف أنه جعلهما جنسين لتفاوت المنافع، وأبطل البيع[٤].

والصحيح جواب الكتاب؛ لأن هذا اختلاف نوع أو صفة، فإن الطرّازي معلّم، والخُوارى غير معلّم، وهما من صناعة الرّي[٥]، فإن الطرِاز[٦] محلة من محال الرّي، والخواري ما نسج بخُوار[٧] الري.

---

(١) "الطَّيْلَسَان": فارسي معرّب من تالَشان، وحكى الفيومي عن الفارابي قال: هو فَيعَلانٌ بفتح الفاء والعين، وجمعه: طيالِسة، وهو من لباس العجم مدوّر أسود. «المغرب» ٢/ ٢٣، «المصباح المنير» ٢/ ٣٧٥.

(٢) طيلَسان خُواريّ: منسوب إلى «خُوار الريّ». انظر «المغرب» ١/ ٢٧٤.

(٣) قوله: "لأن الجنس واحد" ساقط من (ج) و (د).

(٤) وفي (ج) و (د): "العقد" مكان "البيع".

(٥) "الرّي": بفتح أوله وتشديد ثانيه، مدينة مشهورة من أمهات البلاد وأعلام المدن، كثيرة الفواكه والخيرات، بينها وبين نيسابور مائة وستون فرسخا. «معجم البلدان» للحموي، ٣/ ١٣٢.

(٦) طراز: قال أبو سعد: هو بالفتح، ورواه غيره بالكسر، وآخره زاي: بلد قريب من اسبيجاب من ثغور الترك، وجاء في «آثار البلاد»: طراز: مدينة في أقصى بلاد الشاش مما يلي تركستان، مدينة طيبة التربة عذبة الماء لطيفة الهواء كثيرة الخيرات. انظر «معجم البلدان» للحموي ٤/ ٣٠، و«آثار البلاد» ص٥٤٤.

(٧) "خُوار": مدينة كبيرة من أعمال الريّ، بنها وبين الريّ نحو عشرين فرسخا، وإليها ينسب أبو يحيى زكرياء بن مسعود الأشقر الخواري، ويقال: "خُوار الريّ" لأن "خوار" اسم يطلق على

استشهد [محمد رحمه الله][1]، فقال: ألا ترى أنه لو وكّل رجلا بشراء طيلسان بمائة درهم، صح التوكيل، ولو كان الجنس مختلفا، لايصحّ، كما لو وكل رجلا بشراء ثوب بمائة درهم، ولم يبيّن الجنس، إلا أن هذا قول محمد رحمه الله، أما على قول أبي يوسف رحمه الله[2] لايصح التوكيل.

ولو اشترى شخصا على أنه وصيف، فإذا هي وصيفة، أو على انعكس، فالبيع باطل، ليس للمشترى أن يأخذه، وإن رضي به؛ لما ذكرنا.

ولو اشترى وصيفين، فإذا أحدهما وصيفة، فسَد البيع؛ لأن أحدهما لم يدخل تحت العقد لاختلاف الجنس، فبقي العقد في الآخر بحصتّه من الثمن ابتداءً، وذلك فاسد، وإن كان الثمن مفصلا، جاز في الذي وافق الشرط؛ لأن ثمنه معلوم.

قال بعضهم: هذا قول أبي يوسف ومحمد، أما على قول أبي حنيفة: لايجوز؛ لأن فساد العقد في أحدهما بسبب العدم مثل الفساد بسبب الحرية، فيتعدّى إلى الباقي.

وأصل هذا ما ذكر في البيوع: إذا اشترى عدل زطيّ على أن فيه خمسين ثوبا، فوجده أحدا وخمسين، فسد العقد، أجمَل الثمنَ أو فصّل، وإن وجده تسعة وأربعين، فإن أجمل الثمن، بطل، وإن فصّل، جاز.

وقال بعضهم: عند أبي حنيفة يبطل، أجمل أو فصّل؛ لأن العقد بطل في البعض

مواضع أخر ذكرها ياقوت الحموي والقزويني. انظر «معجم البلدان» ٢/ ٤٥١، «آثار البلاد» ٣٦٣، «المغرب» ١/ ٢٧٤.

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) "رحمه الله" ساقط من (ج) و (د).

بسبب العدم، فيتعدّى الفساد[1] إلى الآخر، كما لو فسد بسبب الحريّة[2].

وإذا صحّ البيع عندهما في الذي وافق الشرط، إن كان قبل القبض، له الخيار؛ لتفرق الصفقة قبل التمام، وإن كان بعد القبض، لا خيار له؛ لما عرف.

ـ والله أعلم ـ

---

(١) "الفساد" ساقط من (ا) و(ب).

(٢) في(ا) و(ب) "كما في الحرية"

باب من البراءة في العيوب والشروط في البيوع والخيار فيه

في الباب فصلان: فصل في العيوب، وفصل في الشروط.

وبنى الباب على أصلين:

أحدهما: ما عرف أن فوات المشروط يوجب الخيار بمنزلة فَوات صفة السلامة.

والثاني: شرط البراءة[1] من كل عيب، لايكون إقرارا بالعيب؛ لِعلمنا أن جميع العيوب لاتجتمع في ذات واحدة، فيجعل مجازا عن إلزام العقد بالامتناع عن التزام صفة السلامة[2].

والبراءة عن عيب واحدٍ إقرار بذلك العيب؛ لأن البراءة تقتضي قيام الحق، ولاحقّ عند عدم العيب، كما أن نفي العيوب كلها لايكون إقرارا بالسلامة عن جميع العيوب.

---

(١) انظر «الهداية» ٣/ ٤٨، و«فتح القدير» ٥/ ١٨٢، و«المبسوط» ١٣/ ٩٢.

(٢) علّل له السرخسي بأن عند إطلاق العقد يلتزم تسليم المبيع بصفة السلامة، وإذا كان معيبا فهو عاجز عن تسليمه سليما، وعند هذا الشرط يلتزم التسليم على الصفة التي عليها المبيع، وهو قادر على تسليمه بتلك الصفة، والقدرة على التسليم شرط جواز العقد، لا أن يكون موجباً فساد العقد ثم لا يتمكن جهالة في المبيع بهذا الشرط؛ لأن مشار إليه معلوم بالإشارة إلى عينه وإلى مكانه، وليس مقصوده من هذا الشرط الإقرار بالعيوب به؛ فلا يجتمع كل عيب في عيب واحد، وإنما يقصد بذكر هذا الشرط والتزام التسليم على وجه يقدر عليه، وهذا من الحكمة. انظر «المبسوط» ١٣/ ٩٢ - ٩٣، و«فتح القدير» ٦/ ٣٦٣.

ألاترى أنه لو قال لغيره: اشترِ هذا العبد، فإنه لاعيب فيه، لايكون إقرارًا بعدم العيوب، ولو قال: اشترِ هذا العبد، فإنه لاعور به، أو لاشَلَل به[1]، يكون إقرارا بعدم العور والشلل[2].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل اشترى عشرة أثواب على أن خمسة منها ملاء سباعية، وخمسة منها شقاق، فوجد ستة شقاقا، وأربعة ملاء، فإن كان لم يقبض شيئا منها، أو قبض البعض، كان له الخيار، إن شاء ردّ الكل، أو أمسك الكل، ولايطرح عنه شيء من الثمن، كما في العيب.

وإن كان قبض الكلّ، ردّ واحدا من الشقاق؛ لأن فوات شرط[3] المشروط بمنزلة

---

(١) في المسألة الأولى إذا قال: «لا عيب به»، لا يصير مقراً بإسقاط العيوب عنه، بل قصده من ذلك ترويج السلعة، بخلاف قوله: «لا عور به أو لا شلَل به»، ففي تخصيصه هذا العيب بالذكر ما يدل على أن مراده نفي هذا العيب عنه، ولئن تمكنت جهالة في وصف المعقود عليه بهذا الشرط فهي جهالة لا تفضي إلى المنازعة، فلا يؤثر في العقد كجهالة مقدار العيب المسمّى. ينظر: «المبسوط» ١٣/ ٩٣.

(٢) واستدل السرخسي - رحمه الله - بما روى أن زيد بن ثابت رضي الله عنه ابتاع مملوكاً من عبدالله بن عمر رضي الله عنه بشرط البراءة من كل عيب، ثم طعن فيه بعيب فاختصما إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه فحلّفه بالله لقد بعته وما به عيب يعلمه وكتمه؛ فنكل عن اليمين، فرده عليه. انظر «المبسوط» ١٣/ ٩٢.

(٣) "شرط" ساقط من (ج) و (د).

العيب، وفي العيب[1] قبل القبض يردّ الكل، أو يمسك الكل، وبعد القبض يردّ البعض[2] دون الكل، فكذلك هنا، يردّ شقة واحدة منها بعد القبض، وخيار التعيين إليه؛ لأن الردّ حق المشتري، ولايتوصّل إلى الردّ إلابالتعيين، فكان التعيين إليه.

وقال أبو يوسف: ولاية التعيين للبائع؛ لأن تسليم المبيع على الوصف المشروط على البائع، فكان التعيين إليه؛ ليخرج عمّا عليه، فإن عيّن المشتري شقة، صحّ التعيين، حتى لو هلكت تلك الشقة، أو أصابها عيب، رجع بحصة النقصان، ولايكون له أن يردّ غيرها، كما لو كان متعينا للردّ من الأصل، ولكن يرجع بحصة النقصان، فينظر إلى قيمة شقة ليس فيها العيب الحادث، وإلى قيمة ملاءة، ويقسّم الثمن على ذلك، فيرجع بفضل ما بينهما.

وهذا إذا لم يرضَ البائع بردّها عليه بعد حدوث العيب، فإن رضي، ردّها عليه[3]؛ لأن امتناع الردّ بسبب العيب الحادث كان لحق البائع، فإذا رضي زال المانع.

هذا إذا عيّن واحدة للردّ، فإن لم يعيّن حتى تعيّبت الشقاق إلاواحدة منها، كان له أن يردّ هذه الشقة[4].

(١) "إن كان" ساقط من النسخ الاخرى.

(٢) في (ا) و(ب) "المعيب".

(٣) انظر «الهداية» ٣/ ٤١، و«فتح القدير» ٦/ ٣٦٥.

(٤) من قوله: "بحصتها من الثمن" إلى قوله: "في رد هذه الشقة" ساقط من (ج) و(د).

فإن قال المشتري: لا أردّ هذه، ولكن أرجع بحصّة النقصان [من][1] الواحدة التي تعيّبت[2]، كان له ذلك؛ لأن خيار التعيين كان له، فيبقى، كما لو تعيّبت كلها، ولكن لايردّها بعيب حادث[3]، بل يرجع بالنقصان، إلاأن يرضى البائع أن يأخذها مع العيب الحادث.

وكذا لو هلك بعض الشقاق، فأراد المشتري أن يعيّن الهالك ليرجع بالنقصان، كان له ذلك.

فإن قال البائع: ردّ بعض الشقاق التي تعيّبت، ولاترجع بالنقصان، أو أراد المشتري أن يردّ بعض الشقاق التي لم تتعيّب، فقال البائع: أنا أردّ النقصان، ولاأقبل هذا، لايلتفت إلى [قول][4] البائع؛ لما ذكرنا أن الخيار للمشتري، والتعيين إليه.

فرق بين هذا، وبين ما لو اشترى قفيزا من صبرة، فتعيّب الكل إلاقفيزا، تعيّن هذا القفيز للبيع؛ لأن تسليم المبيع واجب على البائع، ولايمكنه تسليم المعيب، فتعيّن التسليم ضرورةً، [أما][5] هنا حق الردّ حق المشتري، والتعيين إليه، فلايتعين إلابتعيينه.

---

(١) "من" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "من الشقاق التي دخلها العيوب فصح" في الاصل (ص الاصل ١٧٩).

(٣) العيب في المبيع نوعان: الأول: عيب سابق، والثاني: عيب حادث، المراد بالعيب السابق أن يكن الشيء المبيع معيبا قبل البيع، وأما الحادث، فالمراد منه ما حدث من العيب بعد البيع قبل قبض المشتري.

(٤) ما بين المعكوفتين زادة من (ج) و (د).

(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

وكذا لو اشترى عشر جواري على أن خمسا منهن أبكار، وخمسا منهن ثيّب، فوجد الثيب ستا، فهو على الجواب الذي ذكرنا.

ولو اشترى عبدين على أنّ أحدهما خبّاز، أو كاتب، فوجدهما جميعًا لايحسنان الخبز والكتابة بعد القبض، ردّ أيهما شاء؛ لوجوده على خلاف ما شرط، وقبل القبض ردّهما، أو أمسكهما.

وكذا لو اشتراهما على أن أحدهما طخاري، والآخر سنديّ، فوجدهما سنديّين بعد ما قبضهما، ردّ أيهما شاء على نحو ما ذكرنا، وإن كان قبل القبض، ردّهما أو أمسكهما.

وكذا إذا قبض البعض دون البعض؛ لأن تمام الصفقة يتعلق بقبض جميع المعقود عليه.

وأما القسم الثاني:

رجل اشترى عبدا على أن به عيبا واحدا، جاز العقد والشرط؛ لأن جهالة العيب لاتمنع صحّة الإبراء، لأنه إسقاط، والجهالة لاتمنع صحّة الإسقاط، وإنما لايصحّ مع الجهالة ما تتوجه فيه المطالبة بالتسليم؛ لأن ذلك يفضي إلى المنازعة.

وإذا صحّ البيع والشرط، فإن وجد به عيبا واحدا، لزمه لمكان الشرط، وإن وجد به عيبا آخر، ردّه لعدم البراءة عنه.

وكذا إذا وجد به عيبين آخرين، فإن حدث به عيب آخر عنده، رجع بحصة العيبين من الثلاثة التي وجدها؛ لأن البراءة وقعت عن عيب واحد، لاعن الثلاثة، وخيار التعيين

إلى المشتري؛ لأن البراءة حصلت من المشتري[1]، فكان البيان إليه، فيقوّم، وبه عيب واحد من هذه العيوب، أي عيب عيّنه المشتري، ويقوّم وبه العيوب الثلاثة، فيرجع بفضل ما بين ذلك من الثمن.

وكذا لو اشترى عبدين على أن بأحدهما عيباً ولم يسمٍّ، فوجد المشتري بأحدهما عيبا، لم يردّه لوقوع البراءة عنه، فإن وجد به عيبا آخر، ردّه.

وكذا لو وجد بالعبد الآخر عيبا، ردّ أيهما شاء؛ لأن عيب أحدهما موجِب للردّ، وخيار التعيين إليه.

وطريق معرفة الحصة: أن يقسم الثمن على المردود صحيحا لاعيب به، وعلى الآخر، وبه العيب وحده؛ لأن مقتضى البيع في أحدهما البراءة عن العيب، وفي الآخر أن يكون صحّيحًا، فيقسّم الثمن عليهما على ما هو حكم العقد، فإن حدث عنده عيب، رجع بحصّة أيّ العيبين شاء من عبد واحد، وبعيب أيّ العبدين شاء منهما.

وهذا إذا كان بعد القبض، فأما قبل القبض، لو وجد بأحدهما عيبا لايردّ؛ لأنه أبرأه عن عيب واحد.

وإن وجد بأحدهما عيبين، أو وجد بكل واحد منهما عيبا، إما أن يردّهما، أو يمسكهما، وليس له أن يردّ أحدهما دون الآخر؛ لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام.

فإن كان قبض، ثم وجد بالعبدين عيبا، لم يسقط خياره؛ لأن القبض بدون العلم، لايدلّ على الرضى بالعيب، حتى لو علم بالعيبين فيهما، أو في أحدهما، ثم قبضهما أو

---

(١) في (ج) و (د) "منه" مكان "من المشتري".

أحدَهما، سقط خياره.

وكذا هذا في كل من اشترى شيئا، ثم وجد ببعضه عيبا، ثم قبض شيئا من المبيع، سقط خياره؛ لأن القبض يتمّ به الملك، فكان بمنزلة القبض[1]، فكان القبض مع العلم، بمنزلة الشراء مع العلم، وكذا إذا قبض البعض؛ لأنه لا يملك التفريق، فكان الرضى بأحدهما رضىً بهما جميعًا، وإذا وجد بهما عيبا بعد القبض، كان له أن يردّ أحدهما بحصّته[2].

وإن قبض أحدهما، ولم يعلم بالعيب، ثم وجد بالذي لم يقبضه عيبا[3] فقبضه، ثم علم بالعيب في الذي قبض أوّلا، يخيّر:

فإن اختار ردّ الذي وجد به العيب قبل قبضه، فله ذلك؛ لأن القبض مع العلم[4]، إنما يكون رضًى، إذا علم بعيب يُثبت له الخيار، ولم يوجد؛ لأنه حين قبض المبيع مع علمه، لم يكن ذلك العيب مثبتا حق الردّ؛ لأنه أبرأه عن عيب واحد بأحدهما، فلم يكن ذلك رضىً، حتى لو وجد بهما عيباً ثم قبضهما، أو قبض أحدهما، كان ذلك رضىً منه بالعيب، هكذا ذكر هنا.

---

(١) في (ج) و (د) "بمنزلة العقد".

(٢) انظر «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ١٦٥.

(٣) "عيبا" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (أ) و (ب) "العلم بالعيب".

وذكر القدوري[1] رحمه الله: إذا قبض الصحيح من العبدين، أو كانا مَعيبين، فقبض أحدهما، قال أبو يوسف: ليس رضىً بالآخر، ويبقى خياره فيهما.

وكذا لو اشترى عشرة أثواب، على أن خمسةً منها لاعيب بها، وعلى أن البائع برىء من ثلاثة عيوب بكل واحد من الخمسة، جاز، فإن وجد بالستة عيوبا، ردّ واحد منهما، أيّ واحد شاء، ويلزمه الباقي، إن كان ذلك بعد القبض، فيقسّم الثمن على قيمة الأربعة التي لاعيب بها، وعلى قيمة الخمسة بعيوبها، وعلى قيمة المردود [الذي][2] لاعيب به، فيردّه بحصتّه من الثمن.

وإن وجد بواحد من الخمسة أربع[3] عيوب ردّه، فإن حدَث به عيب عنده، رجع بحصة أيّ العيوب من العيوب الأربعة شاء، ويقسم الثمن على قيمة خمسة سليمة، وعلى قيمة خمسة بها عيوب ثلاثة؛ لأن البراءة عن العيب الواحد والثلاثة، وما أشبه ذلك، يدل على وجوده، فإذا ظهرت حصتّه ردّه، وعند تعذّر الردّ، يرجع بالنقصان على الوجه الذي ذكرنا.

ولو اشترى عشرة أثواب على أن البائع بريء من كل عيب بخمسة منها، فهو جائز؛ لما قلنا، ولا يردّ خمسةً منها[4] بشيء من العيوب، وإن كثرت بعموم البراءة.

---

(١) انظر «الهداية مع فتح القدير» ٦/ ٣٥٥.

(٢) مابين المعكوفتين زيادة من المحقق، لتستقيم العبارة.

(٣) "أربعة" في (ج) و (د) مكان أربع.

(٤) يقصد به الخمسة الآخر.

وإن وجد بستة عيوبا، ردّ واحدا منها أيّ واحد شاء؛ لما قلنا، فإن اختار ردّ واحد منها بعد القبض، قسّم الثمن على قيمة الكل صحيحة، فيردّ هذا[1] الواحد بحصّته من الثمن.

وإن حدث به عيب عنده، يقوّم صحيحا، ويقوّم وبه العيب، فيرجع بحصّته، وإنما يقوّم الكل صحاحا ههنا، بخلاف ما تقدم، لما ذكرنا أن شرط البراءة من كل عيب، لايكون إقرارا بالعيب[2].

ولو نصّ على هذا في العبد الواحد، بأن[3] قال: أبيع هذا العبد على أن لاعيب به، لكني أتبرأ مع ذلك عن عيب واحد، ثم وجد به عيبين، كان له أن يردّ.

فإن حدث به عيب عنده، قسّم الثمن على قيمته صحيحا، وعلى قيمته وبه العيبان، فيرجع بحصّة أيّ العيبين شاء، فهنا كذلك.

وكذا لو اشترى عبدين على أنه بريء من كل عيب بأحدهما، فقبضهما، ثم استحقّ أحدهما، وقد وجد بأحدهما عيبًا، لزمه الآخر بحصّته من الثمن، فيقسّم الثمن عليهما، وهما صحيحان، حتى يعرف حصّة المستحق من الثمن، فيرجع به.

ولو قال: على أن بواحد منهما ثلاث شجاج، فوجد بأحدهما ثلاث شجاج، ثم استحقّ أحدهما، فأراد أن يرجع بحصّة المستحق، يقسم الثمن على قيمة أحدهما

---

(١) "هذا" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر ص ١٠٠٤.

(٣) في (ج) و (د): "فإن".

صحيحًا، وعلى قيمة الآخر مشجوجا بثلاث شجاج.

ولو وجد بأحدهما أربع شجاج، واستحق الآخر، قسّم الثمن على قيمة الصحّيح منهما صحيحًا، وعلى قيمة الآخر، وهو مشجوج بثلاث شجاج، أيّ ذلك أحبّ المشتري؛ لأنه دخل في العقد بهذه الصفة؛ لما ذكرنا أن شرط البراءة عن العيوب المعدودة إقرار بوجودها، وشرط البراءة عن كل عيب لايكون إقرارا[1].

استشهد محمد[2] رحمه الله، فقال: ألاترى أنه لو اشترى عبدا، ثم أراد أن يردّه بعيب، فشهد شاهدان على أن المشتري أبرأ البائع عن كل عيب، ثم اشتراه أحد الشاهدين، فوجد به عيبا، فأراد أن يردّه، كان له ذلك[3]، ولاتكون شهادته على [الإبراء][4] من كل عيب، إقرارا بوجود العيب فيه.

وبمثله: لو شهدا على أنه أبرأ البائع من عيب كذا، ثم اشتراه أحد الشاهدين، فوجد به ذلك العيب، لايكون له أن يُخاصم[5] فيه.

وكذا قال في "الجامع": لو أن المشتري عرَض المشترى على البيع، وقال لغيره:

---

(١) "يكون اقرار" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "محمد" زيادة من (ا) و (ب).

(٣) قال السرخسي - رحمه الله عليه - مدللاً لهذا القول: لأن البراءة من كل عيب لا تتضمن الإقرار بوجود كل عيب فيها، فلا يكون الشاهد راضيا بعيب فيها بعد تلك الشهادة. انظر «المبسوط» ١٣/ ٩٤.

(٤) ما بين المعكوفتين مثبت من النسخ الاخرى. وفي الأصل: "براء النافع: وما ثبت أولى.

(٥) في (ا) و (ب) "أن يخاصمه".

اشترِه، فإنه لاعيب به، فلم يتفق بينهما بيع، ثم وجد به عيباً، كان له أن يردّه على بائعه، ولايكون للبائع أن يحتجّ عليه بقوله: "لاعيب به".

وبمثله لو قال: اشتره، فإنه ليس بآبق[1]، ثم وجده آبقا، فليس له أن يخاصِم بائعه.

استشهد بهذه المسائل لإيضاح ما سبق.

-والله أعلم-

(١) انظر «المبسوط» ١٣/ ٩٤-٩٥.

باب ما يجوز من الشيئين يباعان أو يستأجران فيرضى بأحدهما ولايرضى بالآخر وما يكون من ذلك في النكاح والخلع والصلح والكتابة وغير ذلك

بنى الباب على معرفة حكم العقود، فنقول: العقود التي يتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة:

قسم: يُبطله[1] الشرط الفاسد، وجهالة البدل، وهي مبادلة المال بالمال، كالبيع، والإجارة والقسمة[2]، والصلح عن دعوى المال.

وقسم: لايُبطله الشرط الفاسد، ولاجهالة البدل، وهي معاوضة المال بما ليس بمال، كالنكاح، والخلع، والصلح عن دم العمد.

وقسم: له شَبه بالبيع، والنكاح، وهو الكتابة، يبطلها جهالة البدل، ولايبطلها الشرط الفاسد، وإذا جمع [في العقد][3] بين شيئين، فقبل العقد في أحدهما.

ففي القسم الأول: لايجوز[4]، سواء سمّى لكل واحد منهما بدلا، أو لم يسمّ.

---

(١) في الأصل "يبطلها:" وهو خطاء.

(٢) "والقسمة" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين مثبت (ج) و (د).

(٤) أي لا يجوز الرضا بأحد المبيعين دون الآخر لتفريق الصفقة.

وفي القسم الثاني: يجوز[1] على كل حال.

وفي القسم الثالث: إن سمّى لكل واحد منهما بدلا جاز، وإلا فلا، ودلائلها تعرف في خلال المسائل، [إن شاء الله تعالى][2].

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل قال لغيره: بعت منك هذين العبدين بألف درهم، أو فصّل، فقال: على أن كل واحد منهما بخمسمائة درهم، فقال: قبلت العقد في هذا دون هذا، لايجوز، ولايملكه المشتري، وإن قبضه، إلا أن يرضى به البائع[3].

وكذلك الإجارة، لو قال: أجرتك هذين العبدين هذا الشهر بعشرين درهما، أو فصّل، فقال: كل واحد منهما بعشرة دراهم، فقال: قبلت إجارة هذا، دون هذا، لم يجز.

وكذا القسمة: لو قال لشريكه: قد[4] قاسمتك هؤلاء الرقيق الأربعة على أني آخذ

---

(١) أي لا يجوز الرضا بأحد المبيعين دون الآخر.

(٢) ما بين المعكوفتين مثبت (ج) و (د).

(٣) ذكر ابن عابدين علة ذلك، فقال: لئلا يلزم تفريق الصفقة، ثم زاد نقلا عن البحر فقال: لابد من معرفة ما يوجب اتحادها وتفريقها، وحاصل ما ذكروه أن الموجب إذا اتحد، وتعدد المخاطب لم يجز التفريق بقبول أحدهما، بائعا كان الموجب أو مشتريا، وعلى عكسه لم يجز القبول في حصة أحدهما. انظر «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ١٥٥، و«فتح القدير» ٦/ ٣٥٤ - ٣٥٥، و«رد المحتار» ٤/ ١٩.

(٤) "قد" ساقط من (ج) و (د).

هذين، وأسلم لكَ هذين، أو فصّل، فقال: على أني آخذ نصيبك من هذا بنصيبي من هذا، ونصيبك من هذا الآخر بنصيبي من هذا الآخر، فقال صاحبه: سلّمتك لك هذا العبد، ولاأسلّم هذا الآخر، لم يجز شيء من ذلك.

أما إذا فصّل فلأن العادة جرت فيما[1] بين الناس بضمّ الردّىء إلى الجيد[2]، والتسوية بينهما في الثمن، فإنما رضي ببيع الجيّد بعشرة؛ ليحصل له بيع الردّىء بعشرة.

ويصير في التقدير كأنه قال: بعت منك الجيّد بعشرة، بشرط أن تقبل البيع في الردّىء بعشرة، لو لم يكن كذلك، لباع الجيّد وحدَه بخمسة عشر، فإذا لم يقبل الردّىء لم يتمّ الرضى، فيصير ذلك شرطا فاسدا[3].

وإذا قبل البيع في الردّىء، تمّ الرضى، وصار ذلك شرطا ملائما لامفسدا؛ لأن المفسد ممّا يفضي إلى المنازعة، وعند قبول العقد فيهما، لايفضي إلى المنازعة.

وأما إذا أجمَل الثمن[4]، فقبِل في أحدهما، لايجوز لوجهين: أحدهما: ما قلنا[5]، والثاني: أنه إذا قبل في أحدهما لم يدخل الآخر في البيع، فيكون هذا ابتداء العقد بالحصّة في الذي قبل، وذلك فاسد.

---

(١) "فيما" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر شرح فتح القدير ٦/ ٣٥٥.

(٣) انظر شرح فتح القدير ٦/ ٣٥٥.

(٤) "الثمن" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) أنه لا يجوز لتفريق الصفقة.

ولو[1] قال لرجل: زوّجتك أمتي هاتين بمائة دينار، أو فصّل، فقال: كل واحدة بخمسين دينارا، فقال: قبلت نكاح هذه دون هذه، جاز النكاح في التي قبل.

وكذا لو قال الزوج للمولى: قد تزوجت أمتيك هاتين بمائة درهم، أو فصّل، فقال: كل واحدة منهما بخمسين درهما، فقال المولى: زوجتك هذه دون هذه، جاز النكاح في التي زوّجها.

وكذا العتق على مال، بأن قال لعبديه: أعتقتكما على ألف درهم، أو فصّل، فقال: كل واحد منكما بخمسمائة درهم، أو قال: بعتكما أنفسكما بألف درهم، أو فصّل، فقال: كل واحد منكما بخمسمائة درهم، فقبل أحدهما، ولم يقبل الآخر، جاز العتق في الذي قبل، ويقسّم الألف عند الإجمال عليهما على قيمتهما.

وكذا الخلع، والطلاق على مال، ويقسم البدل المذكور عند الإجمال على مهرها الذي تزوجها عليه.

وكذا لو خاطبه فضوليّ، فقال: بعني طلاق امرأتيك هاتين بألف [درهم][2]، أو فصّل، فقال: طلاق كل واحدة منهما بخمسمائة درهم، فقال: بعت[3] طلاق هذه دون هذه، جاز، ولزم مشتري الطلاق حصّته التي طلقها لوجهين: أحدهما: أن العادة ما جرت بضمّ الردّيء إلى الجيّد في هذه العقود، فلم يصر القبول قبول العقد[4] في هذه

(١) بدأ المصنف من هنا بيان القسم الثاني وهو الذي لا يبطله الشرط الفاسد انظر ص ١٠٢٦ .

(٢) ما بين المعكوفتين مثبت (ج) و (د).

(٣) في (ا) و (ب) "بعتك".

(٤) في النسخ الاخرى: "القبول" مكان "قبول العقد".

شرطا لقبول العقد في الأخرى.

والثاني: أنه وإن رضي بالشرط، وفات الرضى، إلاأن الرضى ليس بشرط؛ لصحة هذه العقود، ولهذا يصحّ من الهازل والمكره، وعند ترك التسمية، بخلاف القسم الأول.

ولو[1] قال لعبدين له: كاتبتكما على ألف درهم، فقبلَ أحدهما، لايجوز[2]، وإن فصّل، فقبل أحدهما، جاز، لأن الكتابة تشبه البيع؛ لأنها تحتمل الفتح قبل الأداء، وتشبه النكاح من حيث أنها[3] لاتحتمل الفسخ بعد الأداء، فلشبهه بالبيع قلنا: بأنه لايصحّ مع جهالة البدل، وإذا أجمَل البدل، فحصّة كل واحد منهما من الالف البدل[4] مجهولة، ولشبهه بالنكاح يصحّ إذا كان البدل مفصلا.

وحكي عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: [أنه][5] لافرق بين الكتابة والبيع في هذا الحكم؛ لأن المولى أوجَب الكتابةَ لشخصين، وفي البيع أوجَب البيع لرجلين في عبدين، وقال: بعت هذا من هذا الرجل، وهذا من هذا الرجل الآخر، فقبل أحدهما، إن كان الثمن مفصّلاجاز، وإن كان مجملا لايجوز، نصّ عليه في «الجامع الكبير»[6].

---

(١) بدأ المصنف من هنا بيان القسم الثالث وهو الذي له شبه بالبيع والنكاح. انظر ص ١٠٢٦.

(٢) انظر حاشية ابن عابدين ٥/ ٦٧.

(٣) في الأصل "أنه" وهو خطاء.

(٤) في "البدل" مكان "الالف".

(٥) ما بين المعكوفتين مثبت (ج) و (د).

(٦) أي: نصّ عليه عبد العزيز بن أحمد شمس الأئمة الحلواني في «شرح الجامع الكبير» فقد عدّه

وإنما لايجوز البيع عند قبول العقد في أحدهما، إذا أوجَب البيع فيهما لواحد، ومثله لايتصوّر في الكتابة.

وإنما فرّق بين ما إذا أوجب البيعَ لواحد، وبين ما إذا أوجب لاثنين؛ لأنه إذا أوجب العقد لواحد، كان الجمع وترويج الرديء بثمن الجيد مقصودا، فيصير قبول العقد في أحدهما شرطا لقبول العقد في الآخر[1].

فأما إذا أوجب البيعَ لشخصين لايمكن أن يجعل قبول زيد شرطا لقبول عمرو، ولكن عند إجمال البدل لايجوز؛ لأنه إذا قبل أحدهما، كان قبولا بالحصة، فلايجوز، بخلاف ما إذا كان البدل مفصّلا.

ولو جمع بين النكاح[2] وبين البيع بأن قالت المرأة لرجل: زوّجت منك نفسي، وبعت منك عبدي هذا بألف درهم، أو قالت: كل واحد منهما بخمسمائة، فإن قبل البيعَ وحده لايجوز، وإن قبل النكاحَ وحده جاز؛ لأنه إذا قبل البيع وحده، بقي النكاح بشرطا فاسدا في البيع، فيفسد البيع[3]، وإذا قبل النكاح وحده، بقي البيع شرطا فاسداً في النكاح، والنكاح لايبطل بالشروط الفاسدة.

وكذا لو جمع بين نكاح وإجارة، وكذا لو جمع بين البيع والطلاق والعتاق، أو جمع بين إجارة وطلاق وعتاق، فإن قبل البيع وحده، أو قبل الإجارةَ وحدها لايجوز، وإن قبل

العلامة أبو الوفاء الأفغاني من شرّاح الجامع الكبير. انظر مقدمة «الجامع الكبير» ص ٤.

(١) انظر شرح فتح القدير ٦/ ٣٥٥.

(٢) انظر «المبسوط» للسرخسي فقد فصّل القول في التفريق بين عقد النكاح والبيع، ١٢/ ١٠٩.

(٣) "فيفسد البيع" ساقط من (ا) و (ب).

الطلاق أو العتاق، ولم يقبل البيع أو الإجارة يجوز.

وإن جمع كتابة وعتق أو طلاق، فقبل الطلاق، أو العتاق جاز، وإن قبل الكتابة: إن كان البدل مفصّلا جاز، وإن كان مجملا لا يجوز.

أما إذا قبل الطلاق، أو العتاق، فلما ذكرنا أنهما لا يبطلان بالشروط الفاسدة، ولا بجهالة البدل.

وأما إذا قبل الكتابةَ والبدلَ مفصّل، فلأنه إذا قبل الكتابة، بقي المضموم إلى الكتابة إليها[1] شرطا فاسدا، والكتابة لا تبطل بالشروط الفاسدة.

ولهذا لو كاتَبه على أن لا يتّجِر، ولا يخرج من الكوفة[2]، تصحّ الكتابة، ويبطل الشرط، وعند إجمال البدل، لا تصحّ الكتابة؛ لما ذكرنا أنها تشبه البيع، والنكاح، فجعلناها بمنزلة البيع في حق جهالة البدل؛ لأن جهالة البدل في فساد العقد فوق الشرط الفاسد، لأن البدل ركن في البيع، والشرط عارض، فلو تحمّلنا جهالة البدل في الكتابة، يلزمنا أن نتحمل الشرط الفاسد، فيتعطل العمل بالدليلين.

رجل له قصاصان على رجل، بأن قتل رجلين، ووليّهما واحد، فصالَحَه الولي عن الدمين على عشرة آلاف درهم، فقال القاتل: قبلت الصلح عن دم فلان، دون فلان، جاز، ولزم القاتل خمسة آلاف [درهم][3]، ويقتل بالآخر، لأن الصلح عن الدم، لا يبطله

---

(١) في (ج) و (د) "إليها" مكان "الكتابة"

(٢) عبارة في (ا) و (ب): "او على أن لا يخرج من البلد".

(٣) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د).

الشرط الفاسد، ولاجهالة البدل.

وكذا لو بدأ القاتل أوّلاً، فقال: صالحتك عن الدمين على عشرة آلاف درهم، فقال الولي: رضيت بالصلح عن دم فلان، ولاأرضى بالصلح عن دم فلان، جاز، ويجب له خمسة آلاف درهم، ويقتل القاتل بدم الآخر.

فإن قيل: ينبغي أن لايصحّ في هذا الوجه، ولايلزمه شيء؛ لأن مقصود القاتل من الصلح صيانة المهجة، وسقوط القصاص، ولم يحصل؛ إذ لافرق في حقه بين أن يقتل بدم واحد، وبين أن يقتل بدمين.

قلنا: عنه جوابان: أحدهما: أن فيه تحصيل المقصود، فإنه إذا سقط أحد القصاصين ربما يدّعي الشبهة في الآخر.

والثاني: إن لم[1] يحصل المقصود، فهو الذي ترك النظر لنفسه؛ لأنه لو كان مقصوده سقوط القصاصين، كان ينبغي له أن يقول: صالحتك عن الدم الواجب لك، بسبب الدمين على عشرة آلاف، ولو قال: هكذا لايجوز قبول الوليّ في أحدهما؛ لأن القاتل التزم المال بشرط أن يسقط القصاص عنه، وأوجب الصلح في دم نفسه، وهو إنما قبل الصلح في دم أحد المقتولين، فلايكون قبولاً لما أوجب، وفيه تفويت غرضه، فإذا لم يقل هكذا، فالقاتل[2] هو الذي أضرّ بنفسه، فلاينظر له.

ولو كان لرجل دم عمد على رجلين، فقال: صالحتكما من الدمين على ألف، أو

---

(١) في (ا) و (ب): "أنه إن لم".

(٢) "القاتل" ساقط من (ا) و (ب).

فصّل، فقال: كل واحد منكما بخمسمائة، فقبل أحدهما دون الآخر، جاز، وكان له أن يقتل الآخر، لأن الصلح عن دم العمد لايحتمل الفسخ بعد الوقوع، بمنزلة النكاح والطلاق، فلايبطل بالشروط الفاسدة، ولا بجهالة البدل.

ولو قال لغيره: أجرتك عبدي هذا شهرا، وبعتك جاريتي هذه بألف، فقال: قبلت، جاز؛ لأن القبول المطلق يصلح قبولا لهما.

ويقسّم الألف على أجر مثل العبد شهرا، وعلى قيمة الجارية، فما أصاب الأجر، يكون أجر العبد، وما أصاب قيمة الجارية، يكون ثمنا للجارية.

وإن سمّى لكل واحد منهما بدلا، إن قال: قبلت، جاز، ويكون قبولا لهما، وإن قبل أحدهما دون الآخر، لم يجز؛ لما قلنا. وكذا إذا لو[1] جمع بين قسمة وإجارة.

ولو قال لعبده: أنت حر بألف أو على ألف، فقال: قبلت العتق في نصفي مطلقا، فهو باطل في قول أبي حنيفة لوجهين[2]:

أحدهما: أنّ النصف غير الكل، ولهذا لو شهد أحد الشاهدين أنه أعتقه، وشهد الآخر أنه أعتق نصفَه لايقبل، هذه الشهاده[3] فلم يكن قبولا لما أوجب.

الثاني: أنّ الإعتاق يتجزّأ عنده[4]، فلو صحّ قبوله في النصف، يلزمه نصف

---

(١) في (ج) و(د). "إذا" مكان "لو".

(٢) انظر «المبسوط» ٧/ ١٤٣.

(٣) "هذه الشهادة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) يستدل الإمام أبو حنيفة رحمه الله على قوله بتجزئة العتق بحديث سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شقصا له في عبد فإن كان موسرا فعليه خلاصه، وإلا

البدل، ويخرج الثاني إلى الحرية بالسعاية، وربما يكون قيمة النصف أقل من خمسمائة، فيتضرّر به المولى.

وعندهما: الإعتاق لايتجزأ، فكان قبول العتق في النصف قبولا في الكل، فيعتق كله بألف.

ولو قال: قبِلت العتق في نصفي بخمسمائة، كان باطلا عند الكل، أما عند أبي حنيفة فظاهر، لأن قبول العتق في النصف لايكون قبولا في الكل[1] و اما عندهما فلان القبول في النصف قبول في الكل[2]. ولو قال: قبِلت في الكل بخمس مائة لايصحّ، فكذلك هنا.

ولو قال: قبلت في النصف بألف، جاز عندهما، وهو باطل في قول[3] أبي حنيفة، لأنه خلاف ما أوجب.

فقد عتق ما عتق ورق ما رق» واستدل صاحباه الآتي قولهما بقول الرسول ﷺ: «من أعتق شقصا من عبده فهو حر كله ليس لله فيه شريك».

وأجاب الإمام رحمه الله عن هذا الحديث أنه سيصير حرا كله بإخراج الباقي إلى الحرية بالسعاية، فيكون فيه بيانا أنه لا يستدام الرق فيما بقي منه. انظر «المبسوط» ٧/ ١٠٣.

قلت: الظاهر أن الرواية التي ذكرها الإمام السرخسي رواية بالمعنى، وقد ذكرت الروايات بألفاظها في ص ٥٠٤ ما يغني عن الإعادة.

(١) قوله: "لأن قبول العتق في النصف لايكون قبولا في الكل" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "قوله و اما عندهما فلان القبول في النصف قبول في الكل" ساقط من في (ج) و (د).

(٣) وفي النسخ الأخرى: "عند أبي حنيفة"

ولو قال العبد لمولاه: أعتقني بألف، فقال المولى: "أعتقت نصفك" أو قال[1]: "أعتقت نصفك بألف"، عتق كله بألف عند أبي يوسف ومحمد، لأن عندهما إعتاق النصف، وإعتاق الكل سواء.

[ثم ينظر][2] إن قال: أعتقت نصفك، أو قال: أعتقت نصفك بألف، عتق كله بألف. وإن قال: أعتقت نصفك بخمس مائة، عتق كله بخمس مائة، وحطّ عنه خمس مائة، كما لو قال المشتري: اشتريت هذا [العبد][3] بألف، فقال البائع: بعتك بخمس مائة، صحّ، ويكون حطّاً لما زاد على خمس مائة، كذلك هنا.

وأما عند أبي حنيفة: إن قال: أعتقني بألف، فأعتق نصفه بخمسمائة، صحّ، وعتق نصفه بما سمّى، ويسعى في الباقي، لأن حرف الباء للبدل، فتنقسم أجزاء البدل على أجزاء المبدل، فكان بمقابلة كل نصف خمسمائة.

وكذا لو قال: أعتقت نصفك، يعتق نصفه بخمسمائة، ويسعى في الباقي، ولو قال: أعتقت نصفك بألف، لايعتق ما لم يقبل العبد، لأنه ابتداء وليس بجواب.

ولو قال العبد: أعتقني على ألف، فكذلك الجواب[4] عندهما، وعند أبي حنيفة: إن قال المولى: أعتقت نصفك، عتق نصفه بغير شيء، وإن سمّى البدل فقال: أعتقت

---

(١) "قال" ساقط من(ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين مثبت (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين مثبت (ج) و (د).

(٤) "الجواب" ساقط من (ا) و (ب).

نصفك بخمسمائة، توقّف على القبول، لأن عند أبي حنيفة[1] كلمة "على" في مثل هذا للشرط[2]، فلاتوجب انقسام البدل، بخلاف "حرف الباء" على ما نبين بعد هذا.

ولو[3] قال لامرأته: "أنت طالق ثلاثا بألف، أو على ألف" فقالت: "قبلت واحدة"، لايقع شيء، وكذا لو قالت: "قبلت الواحدة بثلث الألف"؛ لأنها لو وقعت وقعت بثلث الألف، والزوج لم يرض بوقوع البينونة بثلث الألف.

ولو قالت: "قبلت الواحدة بألف"، لايقع أيضا، لأنه لم يرض بوقوع البينونة بثلث الألف، وقبولها[4] الألف بمقابلة الواحدة لاتلزمها الزيادة، لأن الزوج جعل الألف مقابلا بالثلاث، لابالواحدة، فلم يكن هذا قبولا لما أوجب، ويكون كلاما مبتدأ.

وحاصله: أنّ وقوع الواحدة بثُلث الألف إثبات البينونة بدون رضاه، لأنه لم يرض بها إلا بالألف، ولا وجه لوقوع الواحدة بالألف، لأنه لاإيجاب له من جهته. أما المرأة بقولها: "طلّقني ثلاثا بألف" عُرفت راضيةً بالبينونة بدون الألف، فاعتبر الباء في قولها "ثلاثا بألف" ولم يعتبر في قوله "ثلاثا بألف".

وذكر في كتاب الوكالة: إذا وكّل رجلا ليطلّق امرأته ثلاثا بألف، فطلّقها الوكيل واحدة بألف، كان واقعا.

والفرق بينهما: أنّ نفاذ تصرف الوكيل وعدم نفاذه، يعتمد المخالفة والموافقة، وهذا

---

(١) وفي (ج) و (د): "عنده".

(٢) انظر «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٢.

(٣) انظر حاشية ابن عابدين ٢/ ٥٦٢.

(٤) في (ا) و (ب) "ويقبولها".

خلاف إلى خير، فلايُعدّ خلافا. أما في المبادلات صحّة القبول تعتمد الاتحاد من كل وجه. ولهذا لو قال لها: أنت طالق بعشرة دراهم، فقالت: قبلت بعشرة دنانير، لايصحّ، لكن هذا لايتّضح الفرق، فإن الجواب في التوكيل كذلك.

ولو قالت لزوجها[1]: طلّقني ثلاثا بألف، فطلّقها واحدة، فهي واحدة بثلث الألف، لأن المرأة رضيت بوجوب الألف بمقابلة البينونة، فكانت بثلث الألف أرضى.

وإن قالت: طلّقني ثلاثا على ألف درهم، فطلّقها واحدة، كذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد[2]، وعند أبي حنيفة تقع تطليقة بغير شيء[3].

لهما: أنّ كلمة "على" وحرف "الباء" في المبادلات سواء[4]، لافرق بين أن يقول: بعتك هذا العبد بألف أو على ألف، وبين قوله: احمل هذا المتاع بألف أو على ألف.

ولأبي حنيفة: أنّ كلمة "على" للشرط حقيقةً[5]، قال الله تعالى: ﴿حقيقٌ على أن

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين ٢/ ٥٦٢.

(٢) انظر «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٢.

(٣) المرجع السابق.

(٤) قد تستعار "على" بمعنى الباء الذي يصحب الأعواض، لما بين العوض والمعوّض من اللزوم والاتصال في الوجوب، حتى إذا قال: بعت منك هذا الشيء على ألف درهم، أو آجرتك شهرا على درهم، يكون بمعنى الباء، لأن البيع والإجارة لاتحتمل التعليق بالشرط، فيحمل على هذا المستعار لتصحيح الكلام. راجع «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٢.

(٥) تعرّض الإمام السرخسي في أصوله ببيان معاني كلمة: "على" فقال: هو للإلزام باعتبار أصل الوضع، لأن معنى حقيقة الكلمة: من علوّ الشيء على الشيء وارتفاعه فوقه، وذلك قضية

لا أقولَ على اللّه إلاّ الحقَّ﴾[1] أي بشرط أن لاأقول، وقال الله تعالى: ﴿يبايعنَكَ على أن لا يُشْركْنَ بالله شيئاً﴾[2] أي بشرط أن لايشركن.

ولأنه حرف التزام، ولامقابلة بين الواقع وبين ما التزم، بل بينهما معاقبَة، كما بين الشرط والجزاء، فكان معنى الشرط فيه حقيقة، والتمسّك بالحقيقة واجب ما أمكن، وهنا أمكن؛ لأن الطلاق يحتمل التعليق بالشرط[3]، بخلاف البيع والإجارة.

ولأن لها في الثلاث غرضا صحّيحا، وهو انسداد باب النكاح، حتى لاتصير في وثاقه، وإن أكرهها على ذلك، فيعتبر معنى الشرط لحصول مقصودها.

بخلاف قولها: طلّقني وفلانةً على ألف، فطلّقها وحدَها، حيث يلزمها حصتها من الألف، كما لو التمست بحرف الباء، لأنه لاغرض لها في طلاق فلانة، ليجعل ذلك كالشرط منها، ولها في اشتراط الثلاث غرض صحيح.

ولأنها لتعقيب ما دخلت عليه كلمة "على"، وفي التعقيب معنى الشرط، لأن[4] الجزاء يتعقّب الشرط، يقال: "زرتُكَ على أن تزورني"، أى بشرط أن تزورني وغيره،

الوجوب واللزوم.. ثم تستعمل للشرط باعتبار أن الجزاء يتعلق بالشرط، ويكون لازما عند وجوده، وبيان هذا في قوله تعالى: ﴿يبايعنَكَ على أن لا يُشْركْنَ بالله شيئاً﴾، وقال تعالى: ﴿حقيقٌ على أن لا أقولَ على اللّه إلاّ الحقَّ﴾ «أصول السرخسي» ١/ ٢٢١- ٢٢٢.

(١) سورة الأعراف، الآية: ١٠٥.

(٢) سورة الممتحنة، الآية: ١٢.

(٣) انظر «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٢.

(٤) في (ج) و (د): "فإن".

وأمكن العمل بحقيقته في الطلاق والعتاق، لأنهما يقبلان التعليق.

فالمرأة علّقت المال الذي هو تَبع الطلاق بالطلقات الثلاث، وأجزاء الجزاء لاتنقسم على أجزاء الشرط[1]، بل تتعلق الجملة با لجملة[2]، فلايجب المال قبل إيقاع الثلاث، لكن يقع تطليقة بغير شيئ[3].

ولو قال: أنت طالق واحدة بألف، فقالت: قد قبِلت نصف هذه التطليقة، يقع تطليقة بجميع[4] بالألف عندهم، لأن الطلاق لايتجزآ عند الكل، فكان قبول النصف، وقبول الكل سواء.

ولو قالت: قبِلت نصف التطليقة بخمس مائة، كان باطلا، كما لو قالت: قبِلت التطليقة بخمس مائة.

وكذلك الصلح عن دم العمد، إذا قال مَن له القصاص لمن عليه: صالحتك من الدم على ألف، فقال: قبِلت الصلح في النصف، جاز الصلح في الكل بألف، ولو قال: قبِلت الصلح بخمس مائة، كان باطلا، لما قلنا في الطلاق والعتاق.

ولو بدأ القاتل، فقال: صالحتك من الدم على ألف درهم، فقال وليُّ الدم: قبِلت

---

(١) ذكره الإمام السرخسي في أسلوب قاعدة بلفظ: «الشرط يقابل المشروط جملة، ولايقابله أجزاءً». انظر «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٢.

(٢) "في (ج) و (د): "بل الجملة تتعلق با لجملة".

(٣) فلا يجب عليه شيئ من الألف عند الإمام أبي حنيفة، ويكون الواقع رجعيا. «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٢.

(٤) "بجميع" ساقط من (ج) و (د).

الصلح في النصف بألف، أو قال: قبلت في النصف، أو قال: قبلت في النصف بخمس مائة، جاز.

أما في الوجه الأول والثاني فظاهر، وأما في الوجه الثالث: يجوز الصلح بخمس مائة، لأن مَن عليه القصاص لما رضي بسقوط القصاص بألف، كان أرضى بخمس مائة.

وكذا لو قالت المرأة لزوجها: طلِّقني واحدة بألف[1]، فقال الزوج: أنت طالق نصف التطليقة بألف، أو قال: أنت طالق نصف تطليقة طلِّقت بألف، ولو قال: أنت طالق نصف تطليقة بنصف الألف، طلِّقت تطليقة بنصف الألف.

فرّق بينما إذا كان الإيجاب من المولى ومن الزوج، وبين ما إذا كان الإيجاب[2] من المرأة وممّن عليه القصاص. والفرق أنّ قبول الطلاق في النصف، وقبول الصلح في النصف قبول في الكل، فإذا كان الإيجاب من الزوج، أو ممن[3] له القصاص بألف، لو صحّ القبول في النصف بخمسمائة، يصحّ في الكل بخمسمائة[4]، وهما ما رضيا بذلك، فلايصحّ من غير إلزام الألف.

أما إذا كان الإيجاب من المرأة، ومن عليه[5] القصاص، فهما وإن جعلا الألف بمقابلة التطليقة، وإسقاط القصاص، فالزوج لما قبل في النصف بخمسمائة، صار قابلا في

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين ٢/ ٥٦٣.

(٢) "الإيجاب" ساقط من (ج) و (د).

(٣) كذا ثبت في (ا) و (ب)، وفي الأصل و(ج) "وممن له القصاص" وما ثبت أصح.

(٤) قوله: "يصحّ في الكل بخمسمائة" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) في (ا) و (ب) وممن عليه.

الكل بخمسمائة، ولو صرّح بذلك يجوز، ويكون ذلك حطا لبعض البدل، ولو حطّ الكل يصحّ، فكذا إذا حطّ النصف. رجل قال لامرأة: تزوجتك على حصّة مهر مثلك من الألف، لو قسمت الألف على مهر مثلك، وعلى مهر مثل فلانة، فقالت: قد قبلت ذلك[1]. جاز النكاح) لوجود الإيجاب والقبول بشرائطه، إلا أن البدل مجهول، وجهالة البدل[2] لاتمنع صحّة النكاح، لأن عدم البدل لايمنع، فالجهالة أولى، ويكون لها مهر مثلها، لأن الحصة مجهولة، وجهالة البدل تمنع صحّة التسمية، فكان لها مهر مثلها، ولايزاد على ألف، لأنها رضيت بالألف وما دون الألف.

ولو قال: تزوجتك وفلانة على ألف درهم، فقبلت المخاطبة، وأبت الأخرى، جاز نكاحها، ويقسّم الألف على مهر مثلها، ومهر مثل فلانة[3]، فما أصاب مهر مثلها فهو صداقها، ولايصار إلى مهر المثل بخلاف ما تقدّم.

والفرق: أنّ هنا البدل الذي عقد عليه النكاحين معلوم، وإنما تتحقّق الجهالة عند الانقسام، أما فيما تقدم سمّى في العقد بدلا مجهولا، فلاتصحّ التسمية.

والدليل على الفرق بينهما: أنه لو اشترى عبدين بألف، فهلك أحدهما قبل القبض أو استحق، جاز في الآخر بحصته من الألف. ولو اشترى عبدا بحصته من الألف، إذا

(١) "ذلك" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "البدل" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) "ومهر مثل فلانة" ساقط من (ا) و (ب).

قسّم الألف على قيمته وعلى قيمة عبد آخر، لايجوز، لما قلنا من المعنى[1].

واستشهد[2] محمد رحمه الله في الكتاب بفصل[3]، فقال: لو قبلت إحداهما في الفصل الثاني، ثم قبِلت الأخرى بعد ذلك، كان[4] الألف بينهما بالحصص.

ووجه الاستدلال أنه لما قبلت إحداهما أولاً، وجاز قبولها، لابدّ لها من المهر، فلو وجب لها مهر المثل، فإذا قبِلت الأخرى بعد ذلك، لايتحوّل إلى حصتها من الألف بقبول الأخرى.

ولو قال لامرأتيه: أنتما طالقان بألف، فقبلت إحداهما دون الأخرى، يقع الطلاق[5]، ويلزمها حصتها من الألف لو قسّم[6] الألف على مهريهما.

وكذا لو قال لعبدين له: أنتما حران بألف[7]، فقبِل أحدهما، ولو قال لعبد الواحد[8] لواحد: أنت حر على حصتك من الألف إذا قسمت على قيمتك، وقيمة هذا العبد الآخر فقبِل، عتق لوجود القبول، ثم على قول أبي حنيفة الآخر، وهو قول أبي

---

(١) "من المعنى" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) في (ج) "واستدل".

(٣) وفي في (ا) و (ب) "بفصل قبولهما".

(٤) وفي (ا) و (ب) "فإن" بدل "كان".

(٥) وزاد في (ا) و (ب) "عليهما" بعد الطلاق.

(٦) في (ج) و (د): "قسمت".

(٧) انظر «المبسوط» ٧/١٤٦.

(٨) في (ج) و (د): "لواحد".

يوسف: يلزمه قيمته بالغة ما بلغت.

وعلى قول محمد: عليه قيمته لايزاد على ألف، وجه قول محمد: أنّ التسمية فاسدة لمكان الجهالة، فلزمته القيمة، إلا أنّ المولى رضي بعتقه بألف، أو[1] بما دونه، فلايزاد على الألف.

وهما يقولان: لما فسدت التسمية لمكان الجهالة، كان عليه تسليم المبدل، وهو الرقبة، وقد عجز عن ذلك بحكم العتق، فيلزمه تسليم قيمته بالغة ما بلغت، كما في البيع الفاسد.

وهذه المسألة فرع لما[2] إذا باع نفس العبد منه بجاريته، ثم استحقت الجارية، على قول أبي حنيفة وأبي يوسف يجب على العبد قيمة نفسه، وعلى قول محمد: [يجب][3] عليه قيمة الجارية.

فمحمد رحمه الله جَعل هذا بمنزلة النكاح، لأنه قابَلَ المالَ بما ليس بمال، وفي النكاح إذا فسدت التسمية لمكان الجهالة، يلزم[4] مهر المثل[5]، لايزاد على الألف[6]، وهما ألحقا هذا بالبيع الفاسد، لأنه قابل رقبة العبد، وهو مال متقوّم بمال متقوم، بخلاف النكاح..

---

(١) في (ا) و(ب) "و" مكان "أو".

(٢) في (ا) و(ب) "ما" مكان "لما".

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ج) و(د).

(٤) في (ا) و(ب) "يجب".

(٥) انظر حاشية ابن عابدين ٢/ ٣٣٤.

(٦) في (ا) و(ب) "المسمى" مكان "الألف".

باب ما يقدر على الردّ بالعيب وما لايقدر في بيع المكاتب والمأذون

مسائل الباب أقسام ثلاثة: قسم في المكاتب، وقسم في الوارث، وقسم في المأذون[1].

ومسائله تدور على أصول:

منها: أنّ كل[2] ما يمنع البيع، يمنع الردّ بالعيب؛ لأنّ الردّ بالعيب ينقل المبيع عن ملك المشتري بعوض إلى ملك البائع، فأشبه البيع، فكل ما يمنع البيع كالكتابة ونحوها يمنع الردّ.

وهل يرجع بنقصان العيب؟ فإن كان المشتري متسبّبا بالمبيع بنفسه أو بنائبه لايرجع بنقصان الغيب[1]، وإن لم يكن متسببا وإنما تعذّر الردّ لهلاك المحل، أو لأمر حكميّ يرجع بنقصان العيب[2].

ومنها: أن الردّ بالعيب من حقوق العقد، وحقوق العقد ترجع إلى العاقد.

---

(١) "وقسم في المأذون" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "كل" ساقط من (ا) و (ب).

(١) "بنقصان العيب" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «المبسوط» ١٣/ ١١٥.

ومنها: أن المكاتَب إذا ملك أباه أو ابنه يتكاتب عليه[1]، لأن المكاتب حرّ من وجه، وا-خر من كل وجه إذا ملك أباه أو ابنه، يعتق عليه تحقيقا للتسوية، فكذلك الحر من وجه. وإن ملك ذا رحم محرم منه كالأخ وغيره، لايتكاتب عليه في قول أبي حنيفة، خلافا لصاحبيه[2]، والمسألة معروفة.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: مكاتَب اشترى أباه أو ابنه، يصير مكاتَبا معه، لما قلنا، فإن وجد به عيبا، لايردّه بالعيب، لما قلنا إن الكتابة مانعة من الردّ، ولايرجع بنقصان العيب، لأنه لما صار مكاتَبا، ودخل في عقد الكتابة[3]، صار كأن المولى كاتَبه قصدا، ولو فعل ذلك لايرجع بنقصان العيب[4]، لأن الرجوع بالنقصان بدل عن الردّ بالعيب، حتى[5] لايرجع بالنقصان إلاّ عند العجز عن الردّ، فما لم يقع اليأس عن

(١) انظر «المبسوط» ٧/ ٢١٩.

(٢) أشار إليه الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» فقال: للمكاتب أن يبيع كل من يشتري من ذوي أرحامه إلا الوالدين والولد، وأم الولد إذا كان معها ولدها فاجتمعا في ملكه، فإنه لا يبيع هؤلاء، ويبيع جميع ذوي أرحامه غيرهم، ويبيع أم الولد إذا لم يكن معها ولدها.
وقال أبويوسف ومحمد: كل ما لم يكن للحر أن يبيعه إذا اشتراه فكذلك المكاتب لا يبيعه. مختصر اختلاف العلماء ٤/ ٤٢٢.

(٣) في (ج) و (د): "كتابته".

(٤) في (ج) و (د): "بالنقصان".

(٥) "حتى" ساقط من (ا) و (ب).

الأصل، لايصار إلى البدل، ولم يقع اليأس عن الاصل[١]؛ لأن الكتابة قابلة للفسخ بمنزلة البيع، بخلاف التدبير، فلا يرجع بنقصان العيب[٢].

فإن عجز المكاتب، وردّ في الرقّ، فللمولى أن يردّ ابنه على بائعه بالعيب على بائعه من المكاتب[٣]؛ لأن الموجب للردّ قائم، وهو العيب، وإنما امتنع لمانع، وهو الكتابة، وقد بطلت الدعوى[٤]، والذى يلي الردّ هو المكاتب؛ لأنه هو العاقد، وحقوق العقد، ترجع إلى العاقد.

فإن قيل: إذا انتقل الملك إلى مولى المكاتب[٥] وجَب أن لايردّ بالعيب، كما لو انتقل الملك[٦] إلى غيره بالبيع.

قلنا: هذا انتقال حكميّ بطريق الخلافة، ومثله لايمنع الردّ بالعيب[٧]، كالانتقال إلى الوارث، فإذا لم يخاصم المكاتب[٨] في الردّ حتى باعه المولى، أو مات، فالمولى هو الذى يردّه؛ لأن المشتري حين يكاتب، صار مكاتبا على المولى؛ لأنه صار مكاتبا تبعًا،

---

(١) "من الاصل" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "فلا يرجع بنقصان العيب" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) "على بائعه من المكاتب" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "الدعوى" ساقط من (ج) و (د):

(٥) وفي (ا) و (ب) "إذا انتقل إلى المولى".

(٦) "الملك" ساقط من (ا) و (ب).

(٧) "العيب" ساقط من (ا) و (ب).

(٨) "المكاتب" ساقط من (ا) و (ب).

[ولهذا][1] لايلزمه البدل، ولاتتحقّق التبعية إلا و[2] أن يكون مكاتبا على المولى، ولهذا لو أعتقه المولى عن كفارة يمينه يجوز.

وكذا المكاتب إذا اشترى ابنتّه، وحاضت حيضةً، ثم عجز المكاتب، وردّ في الرقّ، يجتزئ بتلك الحيضة عن الاستبراء[3]، ولو لم تكن مملوكة للمولى قبل عجز المكاتب، لما أجازت تلك الحيضة عن الاستبراء، فثبت أن الملك يثبت للمولى قبل العجز، وصار المكاتب في الشراء بمنزلة الوكيل، فما لم يقع اليأس عن ردّ الوكيل كان الردّ بالعيب إلى الوكيل.

ولو مات الوكيل كان حق الردّ للموكل، كذلك هنا مالم يقع اليأس عن ردّ المكاتب كان الردّ للمكاتب. إذا الرد الى المكاتب[4]، وإذا مات المكاتب، أو بيع، يكون الردّ إلى المولى[5]، وإن لم يعجز المكاتب حتى أبرأ البائع عن العيب، صحّ إبراءه، حتى لو عجز المكاتب بعد ذلك[6]، لم يكن للمولى أن يردّه بالعيب، ولايرجع بالنقصان؛ لأن صحّة الإبراء تعتمد قيام الحق، وحق الردّ قائم إلا أنه امتنع الاستيفاء لمانع، فصحّ رده[7] بمنزلة

(١) "ما بين المعكوفتين" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ا) و (ب): "إلا أن يكون".

(٣) سقطت العبارة: "ولو لم تكن مملوكة" في (ا) و (ب).

(٤) قوله: "وإذا الرد الى المكاتب" ساقط من (ج) و (د).

(٥) سقطت العبارة في (ا) و (ب) من قوله: "ما لم يقع اليأس عن رد المكاتب"

(٦) "المكاتب بعد ذلك" ساقط من (ا) و (ب).

(٧) في (ج) و (د): "ابراءه"

الإبراء عن الدَين المؤجّل.

ولا يقال: بأن الإبراء عن العيب تبرّع، فلا يملكه المكاتب، لأنا نقول: هذا تبرّع هو من صَنيع التجار، فيملكه المكاتب كما يملك التأجيل، وبيع الشيء بأقلّ من قيمته.

وكذا لو أبرأ المولى قبل عجز المكاتب، صحّ إبراءه؛ لما ذكرنا أن صحّة الإبراء تعتمد قيام الحق، والحق ثابت لكل واحد منهما[1]، للمكاتب بحكم العقد، وللمولى بحكم ملك الرقبة، لكن الاستيفاء ممتنع، وامتناع الاستيفاء لايمنع الإبراء.

كما لو اشترى عبدًا، فكاتبه أو باعه أو أبق، ثم وجد به عيبا، فأبرأ البائع عن العيب، ثم زالت هذه العوارض، فإنه لايملك الردّ، كذلك هنا.

ولو اشترى المكاتب أخاه أو أخته أو ذا رَحم محرم منه، فكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد؛ لأنهم يتكاتبون عليه[2]، وعلى قول أبي حنيفة هؤلاء لايتكاتبون عليه، فيملك ردّهم بالعيب.

والقياس في الولد المشتري أن لايدخل في الكتابة، لأن هذا الحكم يثبت بطريق السراية، فيثبت حالة الاتصال، لا حالة الانفصال، وإنما استَحسنّا في حقه لحرمة قَرابة الوِلاد، ففي حقّ الإخوة وغيرهم بقي على أصل القياس.

(١) "منهما" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) ذكر في «الفتاوى الهندية» أن المكاتب لو اشترى أباه أو ابنه دخل في كتابته فيعتق بعتقه ويرق برقه، ولا يمكنه بيعه وعلى هذا كل من يملكه من قرابة الولاد كالأجداد والجدات، وولد الأولاد في رواية الأصل، ولا يردهم بعيب إن كان قد اشتراهم ولا يرجع بالنقصان. «الفتاوى الهندية» ٥/٩.

ولو أبرأ المولى البائع[1] عن عيبهم، لم يصحّ إبراءه؛ لأن المولى[2] أجنبيّ عن مكاسب المكاتب، وإنما صحّ إبراءه في الفصل الأول؛ لأنهم دخلوا في الكتابة، وصاروا مكاتبا[3] على المولى.

ولو اشترى المكاتب أمّ ولده، ثم وجد بها عيبا، فإن لم يكن معها ولد، ردّها بالعيب؛ لأنه يملك بيعها عند أبي حنيفة، فيملك ردّها، وعندهما لايملك الردّ، ولكن يرجع بنقصان العيب، وإن كان معها ولدٌ، لايملك الردّ بالاتفاق؛ لأنه لايملك بيعها عندهم[4]، ويرجع بنقصان العيب[5] في قولهم، بخلاف ما إذا اشترى ابنه حيث لايرجع[6] بنقصان العيب، والفرق أن الولد المشترى تكاتب عليه، ودخل في الكتابة، كأن المولى , ١٢ كاتبه.

و لو اشترى عبداً فكاتبه، ثم وجد به عيبا لايردّ، ولايرجع بالنقصان. أما المكاتب إذا اشترى أم ولده لايتكاتب عليه، لكن حرم بيعها، كالحرّ إذا اشترى أمّ ولده، يحرم بيعها، ولاتصير بمثل حاله، إلا أن الحرمة الثابتة هنا على شرف الزوال، وفي الحرّ إذا اشترى أم ولد له، يحرم بيعها حرمة لاتحتمل الزوال، وثبوت الحرمة بمنزلة العيب، ولو

(١) "البائع" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) في (ج) و (د): "لأنه".

(٣) في (ج) و (د): "مكاتبين".

(٤) "عندهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) في (ج) و (د): "بالنقصان".

(٦) "لا يرجع" ساقط من (ا) و (ب).

حدث به عيب، يرجع بنقصان العيب كذلك هنا.

والمكاتب هو الذى يرجع بالنقصان إلا أن يموت أو يباع، فإن أبرأ المكاتب البائعَ، صحّ إبراءه، وإن أبرأه المولى[1] لايصحّ؛ لأنها لم تتكاتب[2]، فلم يملكها المولى، ولهذا لو أعتقها المولى[3] لايصحّ [لما قلنا][4].

فإن عجز المكاتب صار ملكا للمولى[5]، ولم ينفذ الإبراء السابق؛ لأنه لاملك له وقت الإبراء، وإنما حدث الملك بعد ذلك بطريق الانتقال عند محمد رحمه الله.

وعند أبي يوسف: بعجز المكاتب يتقرّر ملك المولى في أكسابه، ولايتجدّد، وما كان قبل التقرير لايظهر في حق[6] صحّة الإبراء، وإذا لم يصحّ الإبراء، كان للمولى حقّ الردّ، والمكاتب يلي ذلك إلا أن [يموت][7] أو يباع.

فأما عند محمد: الملك في أكساب المكاتب عند العجز ينتقل إلى المولى، كما ينتقل إلى الوارث؛ لأن العجز بمنزلة الموت، لأنه يبطل أهلية الملك.

---

(١) في (ج) و (د): "وإن أبرأ المولى البائعَ".

(٢) في (ج) و (د): "لم تتكاتب عليه".

(٣) "المولى" ساقط من (ج).

(٤) "ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٥) انظر حاشية ابن عابدين ٥/ ٧.

(٦) "حق" ساقط من (ج) و (د).

(٧) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

هذا إذا كان معها ولد، فإن لم يكن معها ولد، فكذلك الجواب عندهما، وعلى قول أبي حنيفة له أن يردّها، فهما سوّيا بين الفصلين، وجعَلاه[1] أم ولد له في الحالين كما[2] في حق الحر.

وأبو حنيفة فرّق؛ لأن المكاتب يُشبه العبدَ من وجه، والحرّ من وجه، فإن كان معها ولد، تصير أمّ ولد لشبهه بالأحرار، وإن لم يكن معها ولد، لاتصير أمّ ولد لشبهه بالعبيد عملاً بالشبَهين.

مكاتب أو حرّ اشترى عبدا لا قَرابة بينهما، فكاتبه، ثم وجد به عيبا، لم يردّ، لما قلنا إن الكتابة تمنع البيع فتمنع الردّ، ولا يرجع بالنقصان أيضًا؛ لما قلنا إنه لم يقع اليأس عن الرد[3]؛ لأنها تحتمل الانفساخ، وهذا يبطل محلّية البيع، فإن أبرأ المكاتب البائعَ صحّ الإبراء؛ لما قلنا، حتى لو عجز المكاتب[4] لم يستطع المولى ردّه، وإن أبرأ المولى البائع، فهو باطل؛ لأنه لاحق له في كسب المكاتب.

ألا ترى أنه لايملك إعتاقه، بخلاف من يتكاتب عليه لما قلنا، وكذا لو أبرأ وارث الحر بائعَ مورثه، لايصحّ إبراءه، وإن كان ذلك في مرض الموت؛ لأنه لاملك للوارث في مال مورثه في حياة المورث[5] وفي مرضه له شبهة الملك، حتى لو عفا عن جارح مورثه

---

(١) في (ج) و (د): "وجعلاها".

(٢) "كما في حق الحر" ساقط من (ج) و (د).

(٣) انظر ص ١٠٦٦، من نفس الرسالة.

(٤) "المكاتب" ساقط من (ج) و (د).

(٥) في (ج) و (د): "حياته" مكان "حياة المورث".

في العمد، صحّ استحسانا، وفي الخطأ لايصحّ؛ لأن المال لايُستحقّ بالشبهة، والإبراء لايثبت بالشبهات.

وكذلك لمولى المكاتب حقّ في أكساب المكاتب، وليس له ملك في قول محمد، وإذا انعدم الملك وقت الإبراء لايصحّ، ولا يتوقف على ملك يحدث.

وعلى قول أبي يوسف: لايتوقف على ما يحدث من صفة الكمال، كما لو أعتق عبدا من أكسابه، ثم عجز، فإن عجز المكاتب الأول، أو مات الحر، ثم إن مولى المكاتب، أو وارث الحر أبرأ البائعَ، صحّ حتى لو عجز المكاتب الثاني لم يردّ لقيام الملك وقت الإبراء، وإن كان الردّ ممتنعا وقت الإبراء، لما قلنا.

مكاتب اشترى عبدا، فباعه من مولاه، ونقد المولى ثمنه، أو لم ينقد، وقبض العبد، أو لم يقبض حتى عجز المكاتب، ثم وجد المولى به عيبا لم يردّ؛ لأنه لايستفيد بالردّ شيئا؛ لأنه إن كان نقده الثمن، لم يستفد به ثمنًا؛ لأن المولى لايستوجب على عبده دينا، وإن كان لم ينقده الثمن، فكما عجز برئ المولى عن الثمن؛ لأنه ملك أكسابه.

وإذا ملك المولى ما في ذمّته سقط، فثبت أنه لايستفيد بهذا الردّ شيئا، فلايملك الردّ، ولا الرجوع بالنقصان، ولا يردّ على بائع المكاتب، ولايرجع بالنقصان أيضًا؛ لأنه استفاد ملكا جديدا بعقد حقيقيّ جرى بينه وبين مكاتبه، ولا يردّ المكاتب، ولا يرجع أيضًا؛ لأنه باع ما اشترى منه.

الفصل الثاني:

حر اشترى عبدا، فباعه من وارثه في صحّته بثمن، ثم مات، فورثه المشتري، ثم وجد به عيبا، كان له أن يردّ؛ لأن الوارث يستوجب الدين على مورثه.

ألا ترى أن من حفر بئرًا في قارعة الطريق، ومات، فوقعت فيها دابّة الوارث، وهلكت، كان للوارث أن يرجع في تركة مورثه بقيمة الدابة، فإن شاء أخذ التركة بالدين، وإن شاء أخذ[1] بالميراث، كذلك هنا[2]، إلا إنه عاجز عن الخصومة مع نفسه لما فيه من تضادّ الأحكام، فينصب القاضي عن الميت خصما، فيردّ الوارث عليه.

وإذا ردّ على الوصيّ عاد العبد إلى ملك الميت، فبعد ذلك إن شاء ردّ الوصيّ على بائع المورث، وإن شاء ردّه الوارث، وإن كان لم ينقده الثمن.

فمحمد رحمه الله لم يفصّل في الجواب، ويحتمل أن لايكون له حق الردّ هنا؛ لأن المورث لما مات، ملك الوارث ما في ذمته، فسقط الثمن، فهو[3] لايستفيد بهذا الردّ شيئا، ويحتمل أن يكون الجواب على الإطلاق.

وله أن يردّ لمكان الفائدة، فإنه ما لم ينفسخ البيع الذى جرَى بين المورث والوارث، لايمكن الردّ على بائع المورث، فيردّ حتى ينفسخ هذا البيع، ويعود العبد إلى ملك الميت، ثم يردّ على بائع الميت لارتفاع البيع الثاني، إلا أن الوارث يسأل القاضي حتى ينصب خصمًا عن الميت، فيردّ عليه، كما في الفصل الأول.

رجل اشترى عبدا، فباعه من مورثه، ثم مات المورث، فورثه البائع، ثم وجد به

---

(١) "أخذ" ساقط من (ج) و (د).

(٢) فصّله في «الفتاوى الهندية» بأنه إن كان البئر في الطريق كان الضمان على حافر البئر فيما أصاب الساقط والمسقوط عليه، لأن الحافر إذا كان متعديا في الحفر كان بمنزلة الدافع لمن سقط في البئر، والساقط بمنزلة المدفوع، فيكون تلف الكل مضافا إلى الحافر. «الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦١.

(٣) "فهو" ساقط من (ج) و (د).

عيبا، ليس له أن يردّ على أحد.

أما على بائعه: فلأن الملك المستفاد من البائع، قد زال منه إلى المورث، ولا يردّه على نفسه، ولاينصب القاضي عن الميت خصما؛ لأنه لو نصب خصما عن الميت، فإن ذلك الخصم يردّ على الوارث ليوجب دَينا للميت على وارثه، والميت لايستوجب دينا على وارثه إذا لم يكن له وارث آخر سواه، بخلاف ما تقدم.

ألا ترى أن من حفَر بئرا، ثم وقعت فيها دابة من تركة أبيه، وهلكت، وليس للميت وارث آخر، لايجب عليه الضمان، وإذا امتنع الردّ على بائع الميت، وهو الوارث، لايردّ على البائع الأول، ولايرجع بالنقصان لقيام البيع الثاني.

الفصل الثالث:

عبد مأذون مديون عليه دَين مستغرق بالرقبة، اشترى عبدا وقبضه، ثم باعه من مولاه، إن باعه بمثل قيمته، جاز بيعه، وإن حابى فيه محاباة[1] فاحشة أو يسيرة، لايجوز.

وهذه فصول أربعة:

أحدها: أن المريض المديون بدين مستغرق، لاتتحمّل منه المحاباة أصلا.

وربّ المال إذا باع شيئا من مال المضاربة بعد ما صار رأس المال عرضا، لاتتحمل منه

(١) المحاباة: هي المسامحة والمساهلة في البيع والزيادة على القيمة في الشراء، قال النسفي: المحاباة في البيع حطّ بعض الثمن، وهي مفاعلة من الحِباء وهو العطاء. انظر «طلبة الطلبة» ص ٣٣٠، «مجموع قواعد الفقه» ص ٤٦٩، «المغرب» ١/ ١٧٩.

المحاباة.

وكذا المضارب إذا باع ممّن لاتقبل شهادته له ، لاتتحمل منه المحاباة.

وكذا العبد المأذون إذا باع من المولى.

والأصل فيه: أن كلّ من كان متّهما بالمَيل غير مسلّط على التصرف من جهته، لاتتحمّل منه المحاباة.

والعبد في حق المولى متّهم بالميل وإيثاره على الغرماء، والمضارِب في حق من لاتقبل شهادته كذلك، وكذا المريض متّهم بإيثار المشتري على الغرماء، وربّ المال بعد ما صار مال المضاربة[1] عروضا متّهم بالميل، وقصد الإضرار بالمضارب، لأنه لايملك نهيه عن التصرف، فلهذا لاتتحمّل المحاباة في هذه المسائل.

فإن باعه من مولاه بمثل قيمته، وتقابضا، ثم وجد المولى به عيبا لايملك ردّه، لأنه لو ردّه يردّه بغير شيء، لأن المولى[2] لايستوجب على عبده دينا، مديونا كان أو لم يكن، ولايرجع بنقصان العيب أيضا لما قلنا. وليس للمولى ولاللعبد أن يردّه على البائع الأول، ولايرجع بالنقصان أيضا، أما المولى فلأنه لم يجرِ بينهما عقد، وأما المأذون[3] فلأن المشترَى زال عنه إلى المولى بعقد جديد، فلا يبقى له حق الخصومة في العيب.

هذا إذا كان الثمن منقودا، فإن كان المولى لم ينقد الثمن، وقبض العبد أو لم

---

(١) "المضاربة" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "في (ج) و (د): "لأنه" مكان "لأن المولى".

(٣) "في (ج) و (د): "العبد" بدل "المأذون".

يقبض، فوجد به عيبا، كان له أن يردّ على العبد المأذون بالعيب، إذا كان الثمن من النقود، أو من المكيل، أو من الموزون بغير عينه؛ لأنه يدفع بهذا الردّ مطالبةَ العبد عن نفسه؛ لأنه يجوز أن يكون للمأذون المديون دين على المولى، وإذا ردّه على العبد بقضاءٍ، ردّه العبد على بائعه؛ لأنه عاد إليه الملك المستفاد من جهة البائع.

وإن كان الثمن عرضا، أو مكيلا، أو موزونا بعينه، فدفعه إلى العبد، وهو قائم في يد العبد[1].

كان[2] للمولى حق الردّ على العبد؛ لأن فيه استرداد العين إلى يده، وليس فيه إيجاب دَين على العبد، ويجوز أن يكون للمولى في يد عبده المأذون شيء يملك استرداده.

وإن كان العبد قد استهلك الثمن لم يكن له أن يردّ العبد؛ لأن حكم هذا وجوب قيمة العرض، ووجوب مثل المكيل والموزون في ذمة العبد، والمولى لايستوجب على عبده دَينا.

وإن كان الثمن مكيلا أو موزونا بغير عينه، وقد استوفاه العبد، والمقبوض قائم في يده، لم يكن للمولى أن يردّ العبد بالعيب؛ لأن حكم هذا الردّ وجوب مثل ذلك في ذمة العبد، لا ردّ عين المقبوض.

هذا إذا كان دين الغرماء قائما في ذمة العبد، فإن كان الغرماء أبرأ العبدَ عن

---

(١) في (ج) و (د): "يده"

(٢) "كان" ساقط من (ج) و (د).

ديونهم، ثم وجد المولى بالعبد الذي اشتراه عيبا بعد ما قبضه من العبد[1]، لم يردّه، ولا يرجع بشيء، سواء كان الثمن من النقود، أو من العروض، وهو قائم في يد العبد، أو مستهلك.

أما إذا كان الثمن من النقود، أو المكيل، أو من الموزون بغير عينه، أو من العروض، وهو مستهلك، لا يملك الردّ لما قلنا، وأما إذا كان قائما، فلأن فائدة الردّ بالعيب استرداد الثمن من العبد، وبعد ما برئ العبد من ديونه تمكّن المولى من استرداد الثمن من غير ردّ المشتري بالعيب، فلا يفيد الردّ.

هذا إذا كان المولى أخذ المشترَى من العبد، فإن كان لم يقبضه، كان له أن يردّ المشترَى بالعيب في جميع الوجوه؛ لأن الصفقة لا تتمّ إلا بالقبض؛ لأن ملك المشتري لا يتمّ قبل القبض، ولهذا لا يملك التفريق في الردّ والقبض، كما لا يملك في القبول، فكان الردّ قبل القبض امتناعا من إتمام الصفقة، ولهذا يصحّ ردّه من غير قضاء أو رضى، بمنزلة الردّ بخيار الرؤية والشرط لتوقف ملك الرقبة واليد.

أما بعد القبض: الصفقة قد تمّت لثبوت ملك الرقبة واليد، فكان الردّ نقضا للعقد التام، لأنه يتوقّف على القضاء أو الرضى، والقاضي لا يقضي بما لا يفيد، فإذا لم يكن الردّ مفيدا لا يردّ، ولأن العيب لا حصة له من الثمن قبل القبض؛ لأنه وصف، وتبع، فلا يكون الردّ لدفع الضرر، بل هو امتناع عن التملّك، أما بعد القبض يصير للعيب قسط من الثمن لأنه صار مقصودا بالحبس، فكان الردّ لدفع الضرر حتى يتوصّل إلى حصة العيب من

---

(١) "من العبد" ساقط من (ج) و (د).

الثمن. فإذا سقط الثمن لم يكن الردّ مفيدا، فلا يردّ.

واستوضح هذا بفصلين:

أحدهما: إذا اشترى شيئا، فوجد به عيبا قبل القبض[1]، فصالحه من العيب على جارية، كانت الجارية زيادة في أصل البيع، ولم تكن عوضا عن العيب، حتى كان الثمن منقسما على الجارية والعبد على قدر قيمتهما، حتى لو وجد بأحدهما عيبا، ردّه بحصته من الثمن.

ولو كان الصلح بعد القبض، كانت الجارية عوضا عن العيب، حتى لو وجد بها عيبا، ردّها بحصة العيب من الثمن.

والثاني: الوكيل بالشراء إذا وجد بالمشترَى عيبا قبل القبض، وأبرأ البائع عن العيب، جاز إبراءه، ولزم الآمر.

ولو وجد به عيبا بعد القبض، ورضي به لزمه[2] ولا يلزمه الامر[3]، لأن قبل القبض لم يجب للعيب حصة من الثمن، وبعد القبض وجب حصة العيب على البائع، فإسقاطه في حق الموكل كان باطلا.

وإذا صحّ ردُّ المولى على العبد بخيار الشرط والرؤية والعيب قبل القبض، كان

(١) انظر «المبسوط» ١٣/ ٩٢، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٩٧.

(٢) قال ابن عابدين نقلا عن الفتاوى الهندية: الوكيل لو رضي بالعيب فإنه يلزم، ثم المؤكل إن شاء قبله وإن شاء ألزم الوكيل، وقبل أن يلزم الوكيل لو هلك يهلك من مال المؤكل. انظر «ردّ المحتار» ٤/ ٤٠٣، و «الفتاوى الهندية» ٣/ ٠٠.

(٣) في (ج) و (د): "دون الآمر" مكان "ولا يلزمه الامر".

للعبد أن يردّه على بائعه لارتفاع البيع الثاني، وإذا لم يصحّ ردّ المولى، لايكون للعبد أن يردّه على بائعه لقيام البيع الثاني.

وكذا هذا في الحر إذا اشترى شيئا، فوهب له الثمن قبل القبض، ثم أراد أن يردّ بخيار الرؤية، أو الشرط، أو العيب قبل القبض، كان له ذلك، ولبائعه أن يردّ على البائع الأول، ولو أراد أن يردّه بالعيب بعد القبض، لم يكن له ذلك؛ لأنه لايستفيد بالردّ شيئا.

باب ما يشتري الوكيل والمضارب والشريك والمفاوض والعبد المأذون والوصيّ والأب على ولده الصغير والمكاتب من ذي الرحم المحرم فيجوز أو لايجوز

جمَع في الباب فصولا سبعة، وبنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن الأمر بالمقيّد يجري على تقييده، والمطلق على إطلاقه حتى يقوم دليل التقييد استدلالا بأوامر الشرع.

والثاني: أن الوكيل بالشراء إذا خالَف أمرَ الآمر، ينفذ عليه دون الآمر، أما عدم النفاذ على الآمر؛ لأنه فيما خالَف ليس بوكيل[1]، وإنما ينفذ عليه، ولايتوقّف على إجازة الآمر؛ لأن الأصل في تصرّف العاقل هو التنفيذ، وإنما يتوقّف ضرورةَ تعذّر التنفيذ، فإذا أمكن التنفيذ عليه لايتوقف.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل وكّل وكيلا بأن يشتري له جاريةً بألف درهم، فاشترى له أخته من أبيه، أو أمه، أو جارية حلَف الآمرُ بعتقها إن ملكها، جاز شراءه على الآمر، ويعتق من مال الموكل، ويؤخذ منه الثمن؛ لأنه أمره بشراء جارية مطلقة، فيجري على إطلاقه لعدم دلالة التقييد، فإن الاستخدام، والوطء، والتجارة كما

---

(١) تصرف المأمور المخالف لأمرِ الآمر لم يكن نافذا على الآمر، لأن النفاذ عليه إنما كان بحكم الأمر، وفيما خالف لم يوجد الأمر فلا ينفذ، ويكون الحال بعد الأمر كالحال قبله وقد سبق بيان هذه القاعدة في أول البيوع ص ٦١٠، وانظر التحرير شرح الجامع الكبير ٢/ ٥٠٤، والقواعد والضوابط ص ٤٣٩.

يصلح مقصودا، فصلة القريب، وتخليصه عن ذلّ الرق، يصلح مقصودا، فلا يتقيّد.

ولا يقال: بأن شراء القريب إعتاق، وهو ما أمره بالإعتاق؛ لأنا نقول: شراء القريب شراء حقيقة، إلا أنه شراء يتعقّبه العتق، ولأنا لو قلنا بأنه لاينفذ على الآمر، ينفذ على الوكيل، فيبقى شراء، فيجب تنفيذه على الآمر.

ولو قال: اشتر لي جارية تخدمني[1] أو أطأها أو أبيعها[2]، فاشترى ذا رحم محرم منه، أو جاريةً حلف بعتقها إن ملكها، لاينفذ على الآمر؛ لأنه أمره بشراء جارية تبقى على ملكه حتى يتمكن من البيع، والوطء، والاستخدام، وقد اشترى جارية لاتبقى على ملكه، فكان مخالفا، وإذا لم ينفذ على الآمر ينفذ على الوكيل؛ لما قلنا، ويجب الثمن عليه، وإن نقَد الثمن من مال الآمر كان ضامنا.

وإن اشترى أخته من الرضاعة، قالوا: إن كان الآمر قال له: اشتر جارية تخدمني، أو أبيعها، نفذ على الآمر؛ لأنه يملك بيعها، واستخدامها، وإن كان الآمر قال له: اشتر لي جارية أطأها، لايلزم الآمر؛ لأنه لايملك وطئها.

الفصل الثاني:

رجل دفع ألف درهم مضاربةً، فاشترى المضارب بها جارية هي ذات رحم محرم من ربّ المال، أو اشترى جاريةً حلف ربّ المال بعتقها إن ملكها، لاينفذ على المضاربة، وينفذ على المضارب، لأن المضاربة وضعت للاسترباح، وذلك لايحصل إلا بالتقلّب

---

(١) "تخدمني" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "أطأها وأبيعها".

والتجارة، فيتقيّد بمحلّ البيع، كما لو قال: اشتر جارية أبيعها.

ولو صرّح بذلك يكون مخالفا، ويصير مشتريا لنفسه، وكان الثمن عليه. وإن نقَد الثمن من مال الشركة[1] كان ضامنا، لما قلنا في الفصل الأول.

ولو اشترى المضاربُ بمال المضاربة جاريةً هي ذات رحم محرم من المضارب، فإن لم يكن فيه ربح، نفَذ على المضاربة؛ لأنه اشترى ما يملك بيعها[2]، وإن كان في المال ربح، لم ينفذ على المضاربة، وينفذ على المضارب، لأنه إذا كان في المال ربح يملك منها حصته من الربح[3]، فيعتق بقدر ما ملك، فلايمكنه البيع.

ولو اشترى المضارب ذات رحم محرم من نفسه، نصفها على المضاربة بمال المضاربة، ونصفها لنفسه بمال نفسه، وفي قيمة النصف وفاء بمال المضاربة، لافضل فيه، فإنه ينفذ على المضاربة، لأن ما اشتراه للمضاربة يملك بيعه لولاشراءه النصفَ الآخرَ لنفسه، فإنما دخل العتق فيما اشترى لنفسه، ولاحجر عليه فيما اشترى لنفسه، فلايصير مخالفا، كما لو اشترى المضارب مع أجنبي جارية، هي ذات رحم محرم من الأجنبي، فإنه لايصير مخالفا لرب المال، كذلك ههنا.

وإذا جاز شراءه، عتق على المضارب نصيبه، لأنه ملك قريبه، ولايضمن لرب المال،[كما لو اشترى المضارب مع أجنبيّ جاريةً هي ذات رحم محرم من الأجنبيّ، فإنه

---

(١) في (ج) و (د): "المضاربة".

(٢) في (ج) و (د): "بيعه".

(٣) "من الربح" ساقط من (ج) و (د).

لايصير مخالفا لرب المال،][(١)] لأنه لما نفذ شراءه على المضاربة، صار كأن المضارب ورب المال اشتركا في الشراء، وهي قريبة أحدهما، فلايجب الضمان في قول أبي حنيفة، ويجب السعاية عليها في نصف قيمتها لرب المال، لوجوب المعاونة على العتق حكما.

وعند أبي يوسف ومحمد يضمن نصف قيمتها لربّ المال إن كان موسرا، وتسعى الجارية في ذلك إن كان معسرا، بخلاف ما إذا اشترى المضارب بألف المضاربة جاريةً هي ذات رحم محرم منه، وقيمتها ألفان، حيث يلزم المضارب، ويصير مخالفا، لأن ثمّة دخل العتق فيما اشترى للمضاربة، ووقع شراءه للمضاربة إعتاقا، فكان مخالفا. أما هنا ما اشترى للمضاربة لاعتق فيه، وإنما حصل العتق فيما اشترى لنفسه، وذلك منفصل عنه.

الفصل الثالث:

شريك العنان[(٢)] إذا اشترى بمال الشركة جاريةً هى ذات رحم محرم من الشريك، لم ينفذ على شريكه؛ لأن شركة العنان وضعت للتجارة بمنزلة المضاربة.

وإن كانت ذات رحم محرم من المشتري جاز شراءه على الشركة؛ لأنه اشترى النصف لشريكه، والنصف لنفسه، وما اشتراه لشريكه يمكن بيعه، لولا شراءه النصفَ لنفسه، ولا حَجر عليه فيما اشتراه لنفسه، والاختلاف في الضمان على الوجه الذي ذكرنا في المضاربة.

الفصل الرابع:

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) شركة العنان: هي أن يشترك اثنان في مالهما على أن يتجرا فيه، والربح بينهما. انظر «طلبة الطلبة» ص ٢٠٥، و«أنيس الفقهاء» ص ١٩٤.

أحد المتفاوضين إذا اشترى جارية هي ذات رحم محرم من الشريك، فإنها تلزم شريكه، بخلاف شريك العنان؛ لأن المفاوَضة[1] مبناها على العموم لاتختص بالتجارة، وطلب الربح.

ألا ترى أن كل واحد منهما يملك الكتابة، ويملك الكفالة، حتى يؤاخذ شريكه بذلك عند أبي حنيفة، ولو اشترى لنفسه ثوبا للكِسوة، أو طعاما للنفقة يؤاخذ صاحبه بذلك، فكانت كالوكالة المطلقة.

وحكى أبو سليمان عن محمد: أنه لايلزم شريكه، وذكَر أن هذه الرواية هي الرواية المرجوع إليها، وهي الصحيحة؛ لأن المفاوضة لاتعدُوالتجارة، والتكسب، وإنما يملك الكتابة؛ لأنها تكسّب، وشراء ما يعتق عليه ليس بتجارة، ولا تكسّب، فلايلزم الشريك.

وجه ما ذكر في الكتاب، وهو الفرق بين المفاوضة و بين[2] العنان: أن في شركة[3] المفاوضة لو لم يلزم شراءه الشريك، ولزم المشتري، كان الشريك الآخر مطالبا بالثمن بحكم الكفالة؛ لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه.

---

(١) شركة المفاوضة: المفاوضة هي المساواة، وتسمي مفاوضة لاعتبار المساواة في رأس المال، والربح، وفي القدرة على التصرف، أي: يكون كل واحد منها كفيلا عن الآخر فيما يجب عليه من شراء وبيع، ويكون كل واحد منهما فيها يجب لصاحبه بمنزلة الوكيل له، وفيما يجب عليه بمنزلة الكفيل عنه. انظر «أنيس الفقهاء» ص: ١٩٤، و«التعريفات» ص: ١٥٣، و«طلبة الطلبة» ٢٠٥.

(٢) "بين" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "شركة" ساقط من (ج) و (د).

ولهذا لو اشترى أحدهما طعاما للنفقة، كان شريكه مطالبا بالثمن، وإن لم يملك شيئا من المشتري، فكذلك هنا، فكان إيجاب الثمن عليه مع إدخال القريب في ملكه أولى من إيجاب الثمن بغير عوض، أما في شركة العنان لو لم ينفذ شراءه على الشريك، لم يكن الشريك مطالبا بالثمن، فلهذا افترقا.

وإذا نفذ على الشريك عتق، ولايضمن الشريك في قول أبي حنيفة، وعندهما يضمن إن كان موسرا؛ لأن شراء أحدهما كشراءهما، وإن كانت ذات رحم محرم من المشتري، فالجواب فيه كالجواب في شريك العنان.

الفصل الخامس:

عبد مأذون اشترى ذاتَ رحم محرم من المولى، أو عبدا حلَف المولى بعتقه إن ملكه صحّ، لأن العبد يتصرف بولاية نفسه لنفسه كالحرة، وأثر الإذن في فكّ الحجر دون إثبات الولاية، ولا فساد فيما اشترى لنفسه، وإذا صحّ الشراء، فإن لم يكن عليه دين عتق على مولاه، لأن العبد ليس من أهل الملك، فملك المولى كسبه بطريق الخلافة، فيعتق عليه.

وكذا لو كان عليه دَين لايستغرق الكسبَ؛ لأن الدين القليل لايمنع ثبوت الملك للمولى، وإذا ملكه المولى عتق عليه، ويضمن قيمته للغرماء، موسرا كان أو معسرا؛ لأن مالية الكسب كانت مشغولة بحق الغرماء، وقد احتبست عند المولى.

وضمان التملّك لايختلف باليَسار والعَسار، فيضمن على كل حال، فإن كان المولى معسرا كان للغرماء أن يرجعوا على الجارية بقيمتها؛ لأن منفعة العتق تعود إليها.

فإذا تعذّر عليهم استيفاء الحق من المولى رجعوا على الجارية[1]، ثم ترجع الجارية بذلك على المولى إذا أيسَرَ؛ لأنها قضت دين المولى بأمر القاضي فترجع، كالراهن إذا أعتق العبد المرهون، وهو معسر، سعى العبد في قيمته، ثم يرجع بذلك على الراهن.

وإن كان دين العبد يستغرق الكسب، لم يعتق عند أبي حنيفة؛ لأن الدين المستغرق يمنع الملك للمولى في كسبه في قول أبي حنبفة رحمه الله ولا يمنع في قول صاحبيه[2].

ولو أن المولى دفع إلى عبده المأذون مالاً ليتّجر به، فاشترى به ذا رحم محرم من المولى، لم ينفذ على المولى؛ لأنه يتصرف في هذا المال بحكم الإذن، فكان بمنزلة شريك[3] العنان، وإذا لم ينفذ على المولى ينفذ عليه، ويكون مشتريا لنفسه، سواء كان أذن له في التجارة قبل ذلك، أو لم يأذن.

أما إذا أذن فلا شك. وأما إذا لم يأذن فلأن هذا الأمر تضمّن الإذن بالتجارة، ويعتق من مال المولى إن لم يكن دين العبد مستغرقًا لكسبه، ويضمن المولى قيمتها[4] للغرماء لما قلنا.

الفصل السادس:

الأب إذا اشترى لابنه الصغير، أو الكبير المعتوه جاريةً هي ذات رحم محرم من

---

(١) في (ج) و (د): " عليها ".

(٢) جاء في (ج) و (د): " عنده، ولا يمنع عندهما " مكان " في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يمنع في قول صاحبيه ".

(٣) في (ج) و (د): " كشريك ".

(٤) في (ج) و (د): " قيمته ".

الابن، لايجوز على الابن، ويكون مشتريا لنفسه ؛ لأنه يصرف على الابن بحكم النظر، ولا نظر في شراء من يعتق عليه، وإذا لم ينفذ على الابن، ينفذ على الأب لما قلنا.

فإن نقد الثمن من مال الابن ضمن مثله، ثم ينظر إن كانت ذات رحم محرم من الأب بأن كانت ابنة للمعتوه، أو أختا للصغير من الأب عتقت عليه، وإلا فلا، والوصيّ بمنزلة الأب يصير مشتريًا لنفسه، ولا يعتق عليه، إذا كان أجنبيا.

ولو اشترى الأب للمعتوه جارية، قد ولدت منه بنكاح، في القياس ينفذ على الأب، لا ينفذ[1] على المعتوه، وهو قول محمد.

قال محمد رحمه الله: وإن استحسن مستحسن، وأجاز على المعتوه صحّ، ولم يذكر في الكتاب أن الاستحسان قول محمد، وقيل: الاستحسان قول أبي يوسف رحمه الله.

وجه القياس: أنه تصرف بشرط النظر، ولا نظر في هذا التصرف[2]، بل فيه إتواء[3] ماله ؛ لأنه لايملك بيعها، ويعتق في الزمان الثاني، ولهذا لو كان له عشرة من أمهات أولاده، لاينفذ شراءه على جواب الاستحسان فيما زاد على الواحدة، ولو كان هذا التصرف داخلا في ولايته لايقتصر على الواحدة.

وجه الاستحسان: أن المعتوه يحتاج إلى جارية تخدمه، ولهذا ينفذ تزويجه عليه، وشراء هذه الجارية أنفع ؛ لأنها أشفق، وأهدى إلى خدمته، وهذه الحاجة تندفع بالواحدة،

---

(١) "ينفذ" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "فيه" مكان "في هذا التصرف".

(٣) الاتواء: الاهلاك - يقال: توى المال: هلك وذهب. انظر «المغرب» ص ١١٠.

فلا ينفذ شراءه فيما زاد على الواحدة، والأصحّ هو الأول؛ لأنه يتمكّن من دفع هذه الحاجة من غير إتواء المال بشراء جارية يملك بيعها، وبالنكاح، فلا ضرورة إلى تنفيذ شراء هذه الجارية على المعتوه.

الفصل السابع:

رجل تزوّج أمة، فولدت أولادا، ثم ملكها، فكاتَبها، ثم إن المكاتبة[1] اشترت بعض أولادها هؤلاء، صحّ الشراء؛ لأنها تعقد لنفسها، لا للمولى، ويعتق هذا الولد؛ لأنه صار مكاتبا لما عرف أن المكاتب إذا اشترى ولده يتكاتب[2].

وإذا دخل الولد في كتابتها صار ملكا للمولى، ولهذا لو أعتقه المولى يعتق، ومن يعتق بإعتاقه يعتق بالقرابة، ولا يضمن للمكاتبة شيئا؛ لأنها تسعى لحرّية أولادها، فلا تستوجب الضمان، كما لو أعتقه المولى.

المكاتب إذا باع عبدا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم عجز، بطل خياره، ويتمّ البيع؛ لأنه صار محجورا، وعجز عن التصرف بحكم الخيار، ويبطل الخيار، كما لو مات أو جنّ.

وكذا العبد المأذون إذا حجر عليه المولى في مدة الخيار، وفي رواية لا يبطل الخيار فيهما، وهو قول محمد رحمه الله. وفي رواية ينتقض البيع.

وجه رواية الانتقاض: أنه لا وجه لإبقاء الخيار مع انقطاع الولاية، ولا وجه لإبقاء

---

(١) في (ج) و (د): "انها".

(٢) انظر «المبسوط» ٧/ ٢١٩.

العقد من غير خيار؛ لأنه لم يباشر العقدَ على هذا الوجه، فتعيّن القول بالإبطال.

وجه قول محمد: أن الخيار حق من حقوق العقد، فلاينافيه حجر العاقد كسائر الحقوق، لكن إن أجاز البيع لايجوز؛ لأنه لايملك إنشاء البيع، فلا يملك إلزامه بإسقاط الخيار، وكذا لو مات العبد بعد ذلك لايجوز البيع؛ لأن موت من له الخيار إنما يوجب اللزومَ إذا كان بسبيل من الإجازة، ولكن لو مضى وقت الخيار، والعبد حيّ، جاز البيع.

وإن أجاز المولى، إن لم يكن على العبد دين جاز، وإن كان عليه دين مستغرق لايجوز، إلا أن يقضي دينه.

الأب إذا باع عبد ابنهِ الصغير على أنه بالخيار ثلاثة أيام، أو باع الوصيّ، فبلغ الصبيّ في مدة الخيار، قال أبو يوسف: يتمّ البيع، ويبطل الخيار.

وعن محمد فيه ثلاث روايات:

في رواية: إن نقض اليتيم انتقض، وإن أجاز جاز، سواء كان في مدة الخيار، أو بعدها، ويكون الثابت له خيار الإجازة لا خيار الشرط، حتى لا يتوقت بوقت[1].

وفي رواية أبي سليمان[2]: إن أجاز الأب[3] في المدة جاز، وإن مضت المدة، ولم يجز بطل الخيار.

وفي رواية ابن سماعة عنه: ينتقل العقد، والخيار إلى اليتيم كما كان.

---

(١) قوله: "له خيار الإجازة لا خيار الشرط، حتى لا يتوقت بوقت" ساقط من (ج)، وفيه: ويكون الثابت خيار الأب.

(٢) سقط قوله: "وفي رواية أبي سليمان" في (ج).

(٣) "الأب" ساقط من (ج) و (د).

وجه قول أبي يوسف: إن الخيار كان حقا للعاقد، وقد عجز عن التصرف بحكم الخيار فيبطل، كما لو مات، أو جن.

وجه الرواية الأولى عن محمد، وهو رواية هذا الكتاب: أن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه، فبقي العبد على ملك اليتيم، فإذا بلغ، والعبد على ملكه صار عقد الأب كعقد أجنبيّ آخر، فيتوقف على إجازته.

وجه رواية أبي سليمان: أن الخيار حق من حقوق العقد، فيبقى للأب بعد بلوغ اليتيم، كحق قبض الثمن، وغير ذلك.

وجه رواية ابن سماعة: أن الوليّ نائب عن اليتيم، فيكون تصرفه كتصرف اليتيم بنفسه، وينتقل إليه بصفته، فيبطل بردّه، ويجوز بإجازته.

ـ والله أعلم ـ

ذكر الزعفراني رحمه الله هنا باباً ذكره محمد في الجامع الكبير، ولقّبه: «باب اختلاف البائع والمشتري في الثمن»، ذكَرَ هذا الباب في البيوع من الجامع[1] من غير زيادة ولا نقصان[2]، فلانعيده.

---

(١) في (ج) و (د): "ذكره في بيوع الجامع".

(٢) ورد هذا الباب في «الجامع الكبير» بعنوان: "باب البيوع التى يختلف فيها بالثمن من البائع والمشتري" ص٢٥٧.

والملحوظ أن "باب اختلاف البائع والمشتري في الثمن" ذكره الإمام العتابي في شرحه للزيادات بنفس العنوان، وشرَح مسائله، ولم يُشر إلى هذا التكرار. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق٣٦.

باب من البيع الذي يُباع بغير إذن صاحبه ثم يجحده صاحبه أو أقرّ به البائع أو يوهب له

بَنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن التناقض يمنع صحّة الدعوى[1]، لأن كلّ واحد من الكلامين ينقض الآخر[2]، وسَعْيُ الإنسانِ في نَقضِ ما تمّ به بمنزلة التناقض[3].

والثاني: أنّ المتعاقدين إذا اختلفا في الصحّة والفساد، كان القول قول من يدّعى

---

(١) يرجع لما يتفرّع على هذه القاعدة إلى «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٣٣٩.

(٢) يترتب على ذلك أن التناقض يمنع صحّة الشهادة، كما يمنع صحة الدعوى، صرّح به الإمام قاضي خان في فتاواه، في آخر فصل الشهادة الباطلة، وفرّع عليه بعض التفريعات، منها: امرأة وكّلت رجلا بقبض مهرها من زوجها، فادّعى الزوج أنها اختلعت منه على كذا قبل ذلك، فشهد الوكيل مع آخر على الخلع على كذا، لاتقبل شهادة الوكيل لأجل التناقض، لأن طلبه المهر من الزوج دلّ على قيام النكاح، والشهادة بالخلع تناقض وكالته بالطلب، فردّت هذه الشهادة. «فتاوى قاضي خان» ٢/ ٤٧٥، وانظر «الفرائد البهية» لمفتي محمود حمزة ص ٩٣.

(٣) قاعدة: «سَعيُ الإنسان في نقض ماتمّ به بمنزلة التناقض» مرتبطة بقاعدة شهيرة: «من سَعى في نقضِ ما تمّ من جِهته فسَعيه مردود عليه» «مجلة الأحكام العدلية» المادة: ١٠٠. انظر شرح القاعدة وتطبيقها في «شرح القواعد الفقهية» للشيخ أحمد الزرقاء ص ٤٠٧ - ٤٠٩.

الصحّة[1]، لأن الظاهر من حال العاقل المتديّن مباشَرة العقد على وجه الصحّة دون الفساد.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل باع عبدا لرجل من رجل، ثم قال: لم يأمرني صاحبه ببيعه، وقال المشتري: لابَل أمَرك به، أو ادّعى المشتري عدم الأمر، وادّعى البائع الأمر، فالقول فيه[2] قول من يدّعي الأمر؛ لأن إقدامهما على العقد إقرار منهما بصحّته ونفاذه، والمباشرة على وجه الحل.

فإذا ادّعى أحدهما خلاف ذلك كان متناقضا، فإن أقام جاحد الأمر البينةَ على إقرار صاحبه، أنّ المالك لم يأمره بالبيع، وصاحبه يجحد، لم تقبل بينته.

وكذا لو أقام البينة على أن صاحب العبد جَحد الوكالة، وأقرّ أنه لم يأمره بالبيع، لم

---

(١) يلحظ هنا أنه ينبغي التفصيل في هذا الضابط كالتالي:
إذا اختلف المتبايعان أحدهما يدعى الصحة، والآخر يدعى الفساد بشرط فاسد أو أجل فاسد، كان القول قول مدعي الصحة، والبينة بينة مدعي الفساد باتفاق الروايات، وإن كان مدعي الفساد يدعى الفساد لمعنىً في صلب العقد بأن ادعى أنه اشتراه بألف درهم ورطل من خمر، والآخر يدعى البيع بألف درهم، فيه روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى، في ظاهر الرواية: القول قول من يدعى الصحة أيضاً، والبينة بينة الآخر كما في الوجه الأول، وفي رواية: القول قول من يدعى الفساد. راجع «القول الحسن في جواب القول لمن» للعلامة الشيخ عطاء الله بن نوعي، ص ٨٤.

(٢) "فيه" ساقط من (ج) و (د).

تقبل بينته؛ لأن البينة [إنما][1] تترتّب على الدعوى الصحّيحة. وكذا لو أراد يمين صاحبه ليس له ذلك، لأن الاستحلاف يترتب على الدعوى، والدعوى باطلة.

وإن تصادقا أن البيع كان بغير أمر المالك، يفسخ القاضي العقد بينهما، لأنهما إن كانا صادقين، كان لكلّ واحد منهما أن يفسخ العقد الموقوف، وإن كانا كاذبين، فنقضهما في حق المالك يكون بمنزلة البيع المبتدأ، ولاضرر للمالك في ذلك.

والمراد من فسخ القاضي أن يمضي إقرارهما، أما أن يتوقّف الفسخ على القضاء فلا، لما قلنا.

فإن حضر صاحب العبد، وصدّقهما في ذلك، نفذ الفسخ، وتقرّر، وإن كذّبهما، وقال: كنت أمرته بالبيع، كان القول قوله، لما قلنا أن إقدامهما على العقد إقرار منهما بذلك، فلا يعمل رجوعهما في حقه، ويجعل رجوعهما في حقه بمنزلة البيع المبتدأ، ويغرم البائع الثمن للآمر، ويكون المبيع للبائع دون الآمر.

ويبطل الثمن عن المشتري للآمر في قول أبي حنيفة ومحمد. وعند أبي يوسف يبقي الثمن في ذمة المشتري للآمر، ويرجع المشتري على البائع بمثل الثمن، بناءً على أن الوكيل بالبيع يملك إبراء المشتري في قول أبي حنيفة ومحمد، ويملك الإقالة بغير رضى الآمر، وعلى قول أبي يوسف لايملك الوكيل بالبيع تفريغَ ذمة المشتري بالإقالة، والإبراء.

عبد في يد رجل، جاء رجل فقال: إن صاحب العبد أمَرَكَ ببيع هذا العبد، فبعه

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

مني بكذا، فصدّقه فيما قال، فباعه [منه][1]، وتقابضا، ثم حضر البائع، وحضر[2] المشتري، وادّعى أن صاحب العبد حضر، وجحد الأمر، وأراد فسخ البيع، لايلتفت إليه، ولاتقبل بينته على ذلك، ولايستحلف خصمه[3] للتناقض.

ولأنه ساع في نقض ما تمّ به، فلا يكون خصما إذا لم يعلم النقض إلا بخصومته، وكذا لو سكت، ولم يصدّق ولم يكذّب حتى باعه، لأنه إنما باعه بناءً على إخباره، فكان بمنزلة التصديق.

فإن حضر صاحب العبد عند القاضي، وجحد التوكيل، وغاب، ثم طلب البائع من القاضي فسخ العقد، أجابه القاضي[4] إلى ذلك، لأن القاضي لما عايَن جحود صاحب العبد، كان العقد موقوفا على إجازته، وكلّ واحد من العاقدين يملك فسخ الموقوف، ويكون فسخ القاضي إعانة وفتوى، ولايكون فسخا حقيقة.

فإن قال المشتري: أنا أريد يمين المالك: بالله ما وكلّه، يقول له القاضي: "انقض البيعَ، وانطلق، واطلب يمينه، فإن حلف لاشيء لك، وإن نكل ردّه عليك"، ولايؤخر النقض بهذا الكلام، لأن سبب النقض قد تحقق، وهو جحود الوكالة عند القاضي، ولأن القول قول الآمر في ذلك، وإنما اليمين لنفي التهمة، فلا يؤخّر لطلب يمينه.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "أحضر" وهو خطأ.

(٣) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل "لمكان التناقض"، وما أثبت أولى.

(٤) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

كالوكيل بقبض الدين إذا طلب المال، فقال الغريم: إن صاحب الدين قد استوفي الدين مني أو قد[1] أبرأني، فطلب يمين صاحب المال، وهو غائب، يقال له: ادفع المال إلى الوكيل ثم انطلق، واطلب يمين الغائب، ولايؤخر دفع المال، كذلك هنا.

وهذا بخلاف الوكيل بالشراء، إذا لم يسلم المبيع إلى الموكلّ حتى وجد به عيبا، وأراد أن يردّه، فقال البائع: إنّ الموكلّ رضي بالعيب، وأنا أطلب يمينه، وهو غائب، فإنه يؤخر الفسخ، وكذلك لو اشتري شيئا، فوجد به عيبا، فوكلّ إنسانا بردّه على البائع، وغاب، فقال البائع: إنّ الموكلّ أبرأني عن العيب، وأنا أطلب يمينه، فإنه يؤخر الفسخ.

والفرق بينهما أن في مسألة العيب سبب الردّ قد تحقق، وهو العيب، إلا أنّ المبيع إذا كان مقبوضا لايتمكّن المشتري من الفسخ إلا بقضاء القاضي، لو فسخ القاضي العقد بينهما، وقضاء القاضي في الفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا، فلو ظهر الخطأ في القضاء، لايمكنه التدارك، فيتضرّر البائع. أما في مسألة الدين لو ظهر الخطأ، وثبت الإيفاء أو الإبراء، أمكنه التدارك بردّ المال، فلا يتضرّر المديون.

وكذا في مسألتنا: إذا جحد صاحب المال[2] الوكالة عند القاضي، كان كلّ واحد من العاقدين بسبيل من فسخ هذا العقد[3] من غير قضاء [ولارضى][4]، وقضاء القاضي

---

(١) "قد" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "العبد" مكان "المال".

(٣) "هذا العقد" ساقط من (ج) و (د).

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

فيه إعانة وفتوي، فلو ظهرت الوكالة بعد ذلك نكل يمكنه التدارك، لأن الفسخ لم يكن بقضاء القاضي، فلا يؤخّر النقض بعد ثبوت سببه، لأنه يحتمل التدارك.

فلو لم يجيء صاحب العبد، ولم يحضر[1] ولم يجحد الوكالة حتى مات، وورثه البائع، فقال البائع: إنّ صاحب العبد لم يكن أمرني بذلك، وطلب نقض البيع، لايلتفت إلى ذلك، ولايستحلف خصمه، لأنه متناقض، ساعٍ في نقض ما تمّ به، فإنه يدّعي انتقاض العقد باعتراض الملك الباتّ على الملك الموقوف.

فإن أقام البائع البينة على إقرار المشتري أنّ المالك جحد الوكالة، تقبل، فرّق بين هذا وبين ما لو أقام البينة على هذا الوجه في حياة صاحب العقد، فإنه لاتقبل.

والفرق: أنّ في حياة المالك لو قبلت بينة البائع على هذا الوجه، إنما تقبل من حيث إنه أصل، ومن حيث أنه أصل فهو متناقض، ساع في نقض ما تمّ [به][2]، أما بعد الموت إنما تقبل بينة البائع من حيث أنه نائب عن الميت، والميت لو ادّعى بنفسه في حياته لايكون متناقضا، فكذلك نائبه، وليس بساع في نقض ما تمّ به، لأن من حجة البائع [أن يقول][3]: إني أوجبت البيع، وألزمت التسليم، إلا أن المشتري أبطل حقه بإقراره.

فإن قيل: إذا كان خصما في إقامة البينة، وجب أن يكون خصما في الاستخلاف.

قلنا: هو خصم في إقامة البينة بطريق النيابة عن الميت، والميت لو أراد استحلاف

(١) "ولم يحضر" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

المشتري لايكون له ذلك، ويكون اليمين على صاحب العبد دون المشتري، فلا يستحلف بدعوى النائب.

فإن قيل: إذا كان نائبا عن الميت[1] حتى سمعت دعواه، وقبلت بينته، وجب أن يصحّ نقضه بمنزلة نقض المورث.

قلنا: إنما يصحّ نقض الموكلّ من غير قضاء، لأنه لما أنكر الوكالةَ، بقي العين على ملكه من حيث الظاهر. أما في حق الوارث، لو صحّ نقضه يصحّ بطريق النيابة، وإنما تثبت النيابة إن لو بقي العين على ملك الميت، وذلك لايثبت بمجردّ الدعوى، بعد ما وجد الإقرار منه بزواله عن ملك الميت.

هذا إذا مات صاحب العبد، فإن لم يمت، فادّعى البائع أنّ المالك جحد الأمر، ثم وهبه مني، وسلّمه إلي، فانقضى البيع، لايلتفت إليه، ولو أقام البينة لاتقبل، لأنه متناقض ساع في نقض ما تمّ به، بخلاف ما تقدّم، وهو ما بعد الموت.

والفرق: أن ثمّة إنما قُبلت بينته من حيث أنه نائب قائم مقام الميت، ومن هذا الوجه ليس بمتناقض. أما هنا لاتسمع دعواه من حيث أنه نائب قائم مقامه، لأنه حيّ لو سمع، إنما يسمع من حيث أنه أصل، ومن هذا الوجه هو متناقض، والمشتري في دعوى النقض في هذه الفصول بمنزلة البائع، لأن المعنى يجمعهما.

وإن حضر صاحب العبد، وجحد الأمر، وأراد أخذ العبد من المشتري، والمشتري غائب، فليس له أن يأخذ، لأن فيه قضاء على المشتري بإبطال يده، وهو غائب، فلا

---

(١) في (ج) و (د): "عن المالك" مكان "الميت".

يجوز، وللمولي أن يضمن البائع قيمة العبد، لأنه باع عبده، وسلّم بغير أمره، فيضمن، بمنزلة ما لو غصب عبدا، وأبق من يده.

فإن ادّعى البائع أنّ المالك أمَره بالبيع، وأقام البينة على ذلك، قبلت بينته، لأنها قامت من خصمٍ حاضرٍ على خصم حاضر، وإن لم يكن له بينة، وطلب يمين المولي، يستحلف: بالله ما أمره بالبيع، لأنه ادّعى عليه ما لو أقرّ به يسقط الضمان عنه، فيستحلف لرجاء نكل.

فإن نكل، بطل الضمان، لأنه أقرّ بالمسقط، وإن حلف غرم البائع قيمته، فإن قضى القاضي عليه بالقيمة، أو اصطلحا على ذلك، سلّم المبيع للمشتري، والثمن للبائع؛ لأنه ملكه بأداء الضمان، فنفذ بيعه.

فإن قيل: الملك في المضمون يستند إلى وقت وجود سبب الضمان، وسبب وجوب الضمان هو[1] التسليم إلى المشتري، فكان البيع سابقا، [لأنه حكمه][2]، فوجب أن لاينفذ بملك متأخر.

قلنا: التسليم بجهة البيع حكم البيع، فما يضاف إليه يضاف إلى سببه، لأنه حكم حكمه.

ولو لم يحضر صاحب العبد، حتى مات، فورّثه البائع ورجل آخر نصفين، فقالا للمشتري: إنّ صاحب العبد لم يكن أمره بالبيع، وأراد أخذ العبد، لم يلتفت إلى قول

---

(١) "هو" ساقط من (ج) و (د).

(٢) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

البائع، لما قلنا، ويقبل قول الشريك في نصيبه، لأنه قائم مقام المولي، ولم يسبق منه ما يجعله متناقضا، ويستحلف: بالله ما يعلم أن صاحب العبد أمره بالبيع، لأن المورث لو حضَر، وجحد الوكالة، يستحلف إذا طلب المشتري، فكذلك وارثه، إلا أن الوارث يستحلف على العلم، لأنه يستحلف على فعل الغيْر.

فإن نكل انقطعت خصومته، ويثبت الأمر، وإن حلف لايثبت البيع في نصيبه، فيخيّر المشتري في النصف الآخر لمكان التشقيص. وإن لم يجد المشتري، كان لشريك الوارث تضمين البائع نصف قيمة العبد، لما قلنا.

ولو كان باع العبد، والمشتري لايعلم لمن هو، فلما تمّ البيع بينهما، قال البائع للمشتري: إنه عبد فلان بعته منك بغير أمره، وقال المشتري: لاأدري لمن كان، فإن القاضي لاينقض البيع بينهما حتى يحضر فلان لما قلنا.

فإن حضر المقرّ له، وأراد أن يأخذ العبد، لم يكن له ذلك حتى يقيم البينة، أو يستحلف المشتري، نكل، لأن المشتري يكذّبه، ويدّعي الملك لنفسه، فلايأخذه إلا بحجة.

فإن نكل المشتري عن اليمين، دفع العبد إلى المستحق، ويرجع المشتري بالثمن على البائع، لأن البائع لما صدّق المستحق، فقد أقرّ على نفسه بالثمن. وإن لم يحضر المقرّ له، ولكنه مات، فورثه البائع، فقال البائع: أنا أقيم البينة على أن العبد كان لفلان، ولم يكن أمَرني بالبيع، وصار لي بحكم الميراث، لاتقبل بينته لما قلنا.

فإن كان معه وارث آخر، وأقام البينة على ذلك، قضى له بنصف العبد لما قلنا، ثم يسأل القاضي المشتري: أكان فلان أمر البائع بالبيع؟ فإن قال المشتري: نعم! لم ينقض القاضي البيع في النصف الذي هو نصيب البائع، لأنه يدّعي صحّة العقد في هذا النصف،

وقول البائع في إنكار الأمر غير مسموع، فلا ينقض البيع إلا أن يشاء المشتري الردّ بحكم تفريق الصفقة.

فإن قال المشتري: لم يكن العبد لفلان الميت، ولم يكن فلان الميت أمره بالبيع، نقض القاضي البيع في النصف الآخر، طلب المشتري ذلك أو لم يطلب[1]، لأن الملك ثبت للميت في جميع العبد، لما عرف أنّ أحد الورثة خصم عن الميت فيما قضي للميت، وقضي عليه، وبعد ما ثبت الملك للميت لاينفذ البيع إلا بأمره. فإذا أقرّ المشتري أن البائع لم يكن مأمورا من جهته، فقد تلقى الملك ممن صار مقضيا عليه، فلم يكن لهذا البيع وجه الصحّة، فتعين النقض.

ثم استشهد محمد رحمه الله بمسائل البيان أنّ من سعى في نقض ما تمّ به، لايصح[2].

منها: أن من باع دارا هو شفيعها، لم يكن له أن يأخذ بالشفعة، لأنه يصير ساعيا في نقض ملك أوجبها[3] للمشتري، وبمثله لو اشتري دارا هو شفيعها، لم تبطل شفعته، لأنه لا يسعى في نقض ملك أوجبه لنفسه، وكذا الشفيع إذا توكّل بيع الدار باعها[4]، لايكون له الشفعة.

---

(١) في (ج) و (د): "أو لا" مكان "أو لم يطلب".

(٢) بناء على قاعدة معروفة: «من سَعى في نقضِ ماتمّ من جِهته فسَعيه مردود عليه» «مجلة الأحكام العدلية» المادة: ١٠٠.

(٣) في (ج) و (د): "أوجبه" مكان "أوجبها".

(٤) العبارة في (ج) و (د) كاتالي: "الشفيع إذا تولّى بيع الدار بالوكالة".

والوكيل بالشراء لو كان شفيعا، لاتبطل شفعته، وكذا الشفيع لو وكلّ البائع بطلب شفعته، وأخذها، لايصحّ، كيلا[1] يصير ساعيا في نقض ما تم به، وكذا لو أنّ صاحب العبد حضر، وجحد الأمر، ووكلّ البائع الخصومة والنقض، لايصحّ، ولايكون وكيلا، لأنه ساع في نقض ما تمّ به، وجحود المالك في غير مجلس القاضي، وجوده كعدمه.

ـ والله أعلم ـ

(١) في (ج) و (د): "لأنه يصير".

باب من الوصايا التي تبطل ويفسخ فيها البيع والهبة ثم يردّ ذلك إذا خرج للميت مال وما لايردّ

بني الباب على أصول:

منها: أن الموصى له بالثلث شريك الوارث، فيجب التسوية بينه وبين الوارث، ولايسلّم له شيء من المال إلا ويسلم للوارث ضعفه، تحقيقا للتسوية.

والثاني: أن الدَّين ليس بمال لايدخل في القسمة، ولايعدّ من التركة في الحال، وإنما يعتبر مالاً عند الخروج، فكان حاله موقوفا قبل الخروج، فتتوقّف الأحكام المبنية على قلة المال وكثرته، وإذا خرج الدين، يرتفع التوقف لزوال الموجب.

والثالث: أنّ القبض بحكم العقد، إذا انتقض قبل خروج الدين، ثم خرج الدين، إن كان عقدا لايتعلّق تمامه بالقبض في المجلس، يعود البيع، وإن كان عقدا يتعلق تمامه بالقبض في المجلس، لايعود.

والرابع: أنّ المحاباة وصية في ضمن البيع، فإذا بطل البيع بطل ما في ضمنه.

ومسائل الباب على قسمين: قسم في العقود، وقسم في الإقالة.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: مريض وهب لرجل عبدا قيمته ثلثمائة درهم، وسلّم العبد إلى الموهوب له، ثم مات، ولامال له غير العبد، وغير ألف درهم على رجل

إلى سنة، وأبى الورثة الإجازةَ فإن كثروا العبد للموهوب له[١] فإن القاضي ينقض الهبة في ثلثي العبد، ويردّه إلى الورثة؛ لأن تبرع المريض وصية، فتعتبر المساواة بين الورثة وبين[٢] الموصي له، ولا مساواة هنا؛ لأن حق الموصى له في العين، وحق الورثة في الدين، ولا مساواة بين الدين والعين في المالية، لأن العين مال من كلّ وجه، والدين ليس بمال من كلّ وجه، وإنما يصير مالا عند الخروج.

ولا ندري أيخرج أو لا يخرج؟ ولهذا لا يجوز أداء زكاة العين من الدين، فيجعل في حق الورثة كأن لا مال له إلا العبد.

فإن خرج الدين بعد ذلك، ووصل إلى الورثة، أمرهم القاضي بردّ ثلثي العبد على الموهوب له، وإن خرج بعض الدين، ردّوا بقدر ذلك، لأن الواهب وهب له كلّ العبد. وإنما انقضا[٣] الهبة في الثلثين تحقيقا للمعادلة، فإذا اتسع المحل وجب تنفيذ الهبة في الكلّ، كما لو ظهر له مال آخر، والهبة بعد انتقاضها مما يحتمل العود.

ألا ترى إلى ما روى ابن سماعة عن محمد فقال: رجل وهب لرجل في صحّته عبدا قيمته ألف، وقبضه الموهوب له، ثم مرض الموهوب له، فرجع الواهب في هبته بغير قضاء، وأخذ العبد بتسليم الموهوب له، وليس للمريض مال آخر، ثم مات المريض، كان للورثة أن يُبطلوا النقض، ويعيدوا الهبة في ثلثيه.

---

(١) قوله: "فإن كثروا العبد للموهوب له" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "بين" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "نقضت".

ولو كان على المريض دَين مستغرق، ينقض النقض في الكلّ، وفيه إعادة الهبة بعد انتقاضها.

وان كانت الورثة[1] باعوا ثلثي العبد قبل خروج الدين، ثم خرج الدين لاينقض بيعهم، لأن القاضي قضي لهمْ بملك الثلثين ملكا مطلقا للتصرف تحقيقا للمعادلة، ولم يظهر خطأ القاضي في ذلك، ومن باع ملك نفسه ينفذ بيعه، لكن يغرمون القيمة، لأنه لما خرج الدين، وجب عليهم الردّ، وقد تعذّر الردّ، فيغرمون القيمة، كالمشتري شراء فاسدا، إذا باع نفذ بيعه، ويغرم قيمته، كذلك هنا.

ولايقال بأن حق الموهوب له كان في عين العبد، فكيف ينفذ في محل آخر؟ لأنا نقول: هذه هبة، لها حكم الوصية؛ لأن تبرع المريض وصية، ومن أوصى لإنسان بعين، فبيع ذلك في دين الميت، ثم ظهر للميت مال آخر، تنفذ الوصية من ذلك المال، كذلك هنا.

مريض اشترى عبدا يساوي مائة درهم بثلثمائة درهم، وتقابضا، وليس له من المال العين غير ذلك، ثم مات، وله على رجل ألف درهم إلى سنة، وأبى الورثة أن يجيزوا للبائع كلّ الثمن، كان لهم ذلك، لأنه حابى بأكثر من ثلث ماله، لأن ثلث ماله مائة درهم[2]، وقد حابى بمائتي درهم، والمحاباة تبرع، ولهذا لايجوز من الأب والوصيّ البيع بغبن فاحش، وتبرّع المريض لاينفذ فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الوارث.

---

(١) في (ج) و (د): "وان كانوا مكان "ولمن كانت الورثة".

(٢) "درهم" ساقط من (ج) و (د).

فإن لم يجيزوا، كان لهم ذلك، ويخيّر البائع: إن شاء نقض البيع، وردّ كلّ الثمن، وإن شاء ردّ مائة من الثمن، ولم يأخذ العبد، لأنه أزال العبد عن ملكه بثلاثمائة درهم.

فإذا لم يسلم له ذلك، يخيّر، فإن نقض البيع، بطلت وصيته، ولايعود بعد ذلك، وإن خرج الدين، لأن المحاباة وصية في ضمن البيع، فإذا بطل البيع برضاه، يبطل ما في ضمنه، بخلاف الهبة، لأنها وصية مقصودة، فلا تبطل.

وإن لم ينقض البيع، ردّ مائة من الثمن، لأنه إذا ردّ مائة من الثمن[1]، حصل[2] للورثة مائة درهم، وعبد يساوي مائة درهم، ويسلم للبائع بالمحاباة مائة درهم، فيستقيم الثلث والثلثان. فإن خرج الدين بعد ذلك، ردّوا مائة درهم على البائع، لأنه حابى بمائتي درهم، إلا أنه تعذّر تنفيذ جميع المحاباة لضيق المحل، فإذا زال المانع، والموجب قائم، وهو البيع، وجب تنفيذها.

مريض أسلم إلى رجل ثلاثمائة درهم في كرّ شعير يساوي مائة درهم، ونقد رأس المال في المجلس، ثم مات، وله على رجل ألف درهم إلى سنة، لامال له غير ذلك، وأبى الورثة أن يجيزوا للمسلم إليه، كان لهم ذلك، لأنه حابى بأكثر من الثلث، ويخيّر المسلم إليه: إن شاء نقض السلم وردّ رأس المال، وإن شاء لم ينقض، فإن نقض السلم[3]، بطلت

---

(1) "من الثمن" ساقط من (ج) و(د).

(2) في (ج) و(د): "يحصل".

(3) "السلم" ساقط من (ج) و(د).

وصيته، لاتعود بعد ذلك وإن خرج الدين، لما قلنا في [البيع][1] في الفصل الأوّل.

وإن لم ينقض السلَم، أمره القاضي بردّ مائة من رأس المال على الورثة، ويسلم الشعير حالا، لأن المريض تبرّع بمائتي درهم، وبالأجل، فلا ينفذ تبرعه إلا بقدر الثلث، فيردّ مائة درهم من رأس المال، ويسلم الشعير حالا، حتى يحصل للورثة كرّ يساوي مائة درهم، ومائة من رأس المال، فيسلم لهم مائتا درهم.

ويسلم للموصى له بالمحاباة مائة درهم، فيستقيم الثلث والثلثان، فإن خرج الدّين بعد ذلك، لايردّ المائة إلى المسلم إليه، لأن القبض انتقض في المردود بحق سابق على القبض، فيجعل كأن لم يكن، وينتقض السلم في المردود بالافتراق من غير قبض، فلا يعود بخلاف البيع.

ولايقال فيما تقدم: إذا خرج الدين بعد ما نقضت الهبة في الثلثين، تعود الهبة، وإن كان القبض شرطا لصحّة الهبة، وقد انتقض القبض في المردود بحق سابق، لأنا نقول: إنما عادت الهبة، لأن هبة المريض يعطى لها حكم الوصية بعد الموت، والقبض ليس بشرط لصحّة الوصية.

فإن قيل: إذا انتقض السلم في مائة من رأس المال، وجب أن يسقط ثلث الكرّ؛ لأنه عقد معاوضة، فإذا انفسخ في أحد البدلين ينفسخ في الآخر.

قلنا: إنما نقضنا السلم في مائة من رأس المال تحقيقا للمعادلة، وتحقيق المعادلة في

(١) "ما بين المعكوفتين" ساقط من (ج) و (د).

نقض رأس المال، لافي المسلم إليه، حتى تسلم[1] للورثة كرّ يساوي مائة، ومائة من رأس المال، ويجوز أن تنفسخ المعاوضة في أحد البدلين دون الآخر، كما لو حطّ لفض الثمن، فإنه ينفسخ البيع في المحطوط، ولاينفسخ في المبيع.

ثم استشهد [محمد رحمه الله تعالي][2] بمسألتي الصرف، لبيان أنّ القبض إذا انتقض بحقٍ سابقٍ يجعل كأن لم يكن، فقال: لو أنّ مريضا باع مائة درهم بدينار يساوي عشرة دراهم، وتقابضا، ثم مات المريض، وله على رجل ألف درهم إلى سنة لامال له غيرها، وأبى الورثة أن يجيزوا، كان لهم ذلك، لأنه حابى بأكثر من الثلث، ويخيّر بائع لدينار بين نقض الصرف، وبين الإمضاء، لما قلنا.

فإن نقض الصرف، وردّ المائة، بطل حقه في المحاباة، حتى لو خرج الدين، لايعود لما ذكرنا أنّ حقه كان في ضمن البيع، وقد بطل.

وإن اختار إمضاء الصرف، أمسك من الدراهم مقدار قيمة الدينار، وهو عشرة دراهم، لأنه لامحاباة في هذا القدر، ويمسك ثلث الباقي أيضا، وهو ثلاثة وثلاثون وثلث درهم، لأن تبرعه بقدر الثلث لايتوقف على إجازة الوارث، ويردّ الباقي، وهو ستة وخمسون وثلثا درهم، حتى يسلم للورثة دينار يساوي عشرة دراهم، وستة وخمسون وثلثا درهم، فيكون جملة ذلك ستة وستون وثلثا درهم[3]، ويسلم لبائع الدينار من

---

(١) في (ج) و (د): "حتى يحصل".

(٢) "ما بين المعكوفتين" ساقط من (ج) و (د).

(٣) كذا في الأصل، وجاءت العبارة في (ج) و (د): "وستة وخمسون وثلثان، فيكون ستة وستين

المحاباة ثلاثة وثلاثون وثلث درهم، فيستقيم الثلث والثلثان.

فإن خرج الدين بعد ذلك، لاسبيل له على ما ردّ، لأن الصرف انتقض في المردود، فلا يعود بعد ذلك.

وأما المسألة الثانية من الاستشهاد: رجلان تصارفا دينارا بعشرة دراهم، وتقابضا، وافترقا، ثم وجد بعض الدراهم زُيوفا أو بنهرَجة، وردّها، ولم يستبدل مكانها حتى افترقا، بطل الصرف، ولايعود بعد ذلك أبدا، لأنه لما ردّها، انتقض القبض من الأصل، وصار كأن لم يكن، كذلك السلم.

أما فصل الإقالة:

رجل أسلم إلى رجل في صحّته عشرين درهما، في كرّ حنطة يساوي ستين درهما، ودفع رأس المال، ولم يقبض الكرّ، ثم مرض رب السلم، وأقال السلم في مرضه، ثم مات، وله على رجل ألف درهم إلى سنة، وأبت الورثة أن يجيزوا، كان لهم ذلك، لأن الإقالة عقد مبتدأ في حق غير العاقدين، فيجعل في حق الورثة كأنه باع كرّا يساوي ستين بعشرين درهما[1]، فلا تنفذ المحاباة فيما زاد على ثلث ماله، فيجيز القاضي الإقالة في نصف الكرّ دون النصف.

فرّق بين هذا وبين ما تقدم، فيما تقدم: يخيّر البائع بين النقض والإمضاء، ولم يخيّر بين نقض الإقالة وإمضاءها، لأن إقالة السلم مما لايحتمل الفسخ.

وثلثي درهم".

(١) "درهما" ساقط من (ج) و (د).

ألا تري أنهما لو تفاسخا الإقالة، لاتفسخ، ولاتنفسخ الإقالة بهلاك رأس المال بعد الإقالة قبل القبض.

وكذا لو اختلفا في رأس المال بعد الإقالة، كان القول قول المسلم إليه مع يمينه، ولايتحالفان؛ لأن فائدة التحالف الفسخ، وإقالة السلم لاتحتمل الفسخ، لأن إقالة السلم[1] إسقاط للدين، والساقط لايحتمل العود[2]، فلهذا لم يخيّر بين فسخ الإقالة وإمضاءها، وأجاز الإقالة في النصف، لأنه لابد من المعادلة بين الورثة وبين[3] صاحب التبرع، ولايمكن المعادلة بينهما بوجوب شيء آخر على الورثة، لأن الإقالة إنما تكون بالثمن الأوّل لابمال آخر، فتعين هذا الوجه.

ولايقال: [في هذا نقض الإقالة في النصف][4]، وإقالة السلم مما لايحتمل النقض.

---

(١) وفي (ج) و (د): "لأنها إسقاط للدين"، فسقط قوله: "إقالة السلم" منهما.

(٢) وردت هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية بصيغة: «الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود» مادة: ٥١. معناه أن ما يقبل السقوط من الحقوق، إذا سقط منه الشيء بمسقط فإنه لا يعود بعد سقوطه، وكما أن المعدوم لا يعود، والساقط أصبح معدوماً بعد سقوطه فلا يعود. يرجع للتفصيل إلى: «درر الحكام» شرح مجلة الأحكام ١/ ٥٥، «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ٣٧٨، «شرح القواعد الفقهية» للشيخ أحمد الزرقاء ص ٢٠٧.

(٣) "بين" ساقط من (ج) و (د).

(٤) ما بين المعكوفتين أثبتنه من (ج) و (د)، وفي الأصل: "في نقض هذه الإقالة في النصف"، وما ثبت هو الصواب.

لأنا نقول: تصرفات المريض على نوعين، منها ما يحتمل النقض بعد النفاذ، ومنها ما لايحتمل، فما يحتمل النقض بعد النفاذ، ينفذ للحال دفعا لحاجته، ثم ينقض إذا مسّت الحاجة إلى النقض لدفع الضرر عن الورثة، وما لايحتمل النقض بعد النفاذ يتوقّف، لأنه لاوجه لإلغاء تصرفه، ولاوجه إلى التنفيذ، لأنه لو نفذ لايمكن نقضه بعد ذلك، فيتضرّر به الورثة، فيتوقف.

وإقالة السلم مما لايحتمل النقض بعد النفاذ، فينفذ فيما هو فارغ عن حق الورثة، ويتوقّف في الباقي، والفارغ عن حق الورثة هنا هو[1] النصف، [فينفذ فيه لاغير][2].

ولمعرفة ذلك طريقان: أحدهما من طريق الفقه، والآخر[3] من طريق الحساب.

أما طريق الفقه أن نقول: بأن ثلث ماله مثل نصف المحاباة، ولو كان ثلث ماله مثل جميع المحاباة أربعون، تجوز الإقالة في الكلّ، فإذا كان مثل نصف المحاباة، نفذ في النصف.

وبيانه: أنا إذا نفذنا الإقالة في النصف بنصف رأس المال، يبقى للورثة نصف كرّ يساوي ثلاثين، ونصف رأس المال، وهو عشرة دراهم، فيسلم لهم أربعون درهما، ويسلم للمسلم إليه نصف كرّ يساوي ثلاثين بنصف رأس المال، وهو عشرة دراهم، فيسلم له بطريق المحاباة عشرون درهما، نصف ما يسلم للورثة، فيستقيم الثلث والثلثان.

---

(١) "هو" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "الباقي"، وما ثبت أولى.

وتخريجه بطريق الجبر[1] والمقابلة أن نقول: جوّزنا الإقالة في شيء من الكرّ، بقي كرّ الأشياء، وكلّ ما جازت الإقالة فيه جازت بثلثيه، لأن قيمة الكرّ ستون، وثمنه عشرون مثل ثلثه، فكان ثمن كلّ جزء من الكرّ مثل ثلث ذلك الجزء، فضمّ ثمن ما جازت الإقالة فيه، وهو ثلث الشيء إلى الكرّ، فيصير كرّاً إلا ثلثا شيء، وإنه يعدل شيئا وثلث شيء، لأنه لما سلم للموصى له ثلثا شيء، وجب أن يكون للورثة ضعف ذلك، وهو شيء وثلث شيء، إلا أنّ الكرّ ناقص بثلثي شيء، فأجبَره بثلثي شيء.

وإذا زدت في الكرّ ثلثي شيء، زد فيما يعدله ثلثي شيء، فصار الكرّ التام يعدل شيئين، وقد نفذنا الإقالة في شيء، وشيء من شيئين نصفه، فعلمتَ أنّ الإقالة نفذت في نصف الكرّ، وقيمته ثلاثون بمثل ثلث هذا القدر، وذلك عشرة[2]، ويبقي للورثة نصفَ الكرّ، وهو ثلاثون، وعشرة نصف رأس المال، فحصل لهم أربعون، وللموصى له بالمحاباة عشرون، فيستقيم الثلث والثلثان.

فإن خرج الدين بعد ذلك، أمر الوارث بردّ نصف الكرّ إلى المسلم إليه، وأخذ نصف رأس المال منه، لأن المريض أقال السلم في الكلّ، وتعذّر تنفيذها في الكلّ لضيق المحل، فنفذت الإقالة في النصف، وتوقّفت في النصف إلى أن يخرج الدين. أكثر ما في الباب: أنّ القبض انتقض في النصف، إلا أنّ القبض ليس بشرط لصحّة الإقالة.

---

(١) فسّر أبو البقاء الكفوي «الجبر» بأنه ربط المنكسر ليلتئم ويكمل، ومنه اسم الجبّار. انظر «الكليات» ص٣٥٣.

(٢) وفي (ج) و (د): "وهو عشرة".

ألا ترى أنه لو مات بعد الإقالة قبل قبض رأس المال لاتبطل الإقالة، بخلاف لصرف والسلم، فإن كان الوارث استهلك ذلك النصف أو باعه، أو هلك في يده قبل خروج الدين، كان عليه ضمانه، لأن الموجب للردّ قائم، وعجز عن التسليم، فكان عليه ضمانه.

رجل باع كرًّا من تمر فارسي يساوي ستين درهما في مرضه، بكرّ من دَقَل[1] يساوي عشرين درهما[2]، وتقابضا، ثم مات المريض، وله على رجل ألف درهم إلى سنة، لامال له غير ذلك، وأبَت الورثة أن يجيزوا له الكرّ، كان لهم[3] ذلك، لأنه حابى بأكثر من الثلث، ويخيّر بائع الدّقل: إن شاء نقض البيع، وردّ الفارسي، لأنه رضي بزوال الدقل عن ملكه بشرط أن يسلم له الفارسي.

فإذا لم يسلم له، والبيع مما يحتمل الفسخ، كان له أن يفسخ، كما لو وجد بالمبيع عيبا، بخلاف إقالة السلم، لأنها لاتحتمل الفسخ، وإذا فسخ بطل حقه، لايعود بعد ذلك، وإن خرج الدين، لأن وصيته كانت في ضمن البيع. فإذا بطل البيع بطل ما في ضمنه.

وإن أبي أن ينقض البيع، فإنّ القاضي يجيز البيع في نصف الفارسي بنصف الدّقل، ويردّ النصف من الفارسي على الورثة، لأنه لاوجه لدفع الضرر عن الورثة، بأن يزاد على الدقل عشرون درهما، لأنه يصير مشتريا كرًّا فارسيا بكرّ دقل وعشرين درهما، وإنه ربا.

---

(١) "الدّقَل": بفتحتين، نوع من أردأ التمر، الواحدة: دقَلَة، ويقال: أدقَل النخل، صار تمرُه دقلا. انظر «المغرب» ١/ ٢٩٢، المصباح المنير» ١/ ١٩٨.

(٢) "درهما" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وفي (ج) و (د): "فلهم ذلك".

ولا وجه بأن يردّ على الورثة ثلثَ الفارسي، لأنه يصير بائعا كرّا دقلا بثلثي كرّ فارسيّ، وإنه ربا، فتعيّن لدفع الضرر هذا الوجه، وهو أن يجوز البيع في نصف الفارسي بنصف الدقل، لأنه حابى بأربعين، وثلث ماله عشرون نصف المحاباة، ولو كانت المحاباة مثل الثلث يجوز في الكلّ، فإذا كان من[1] نصف المحاباة، يجوز في النصف، ويبطل في النصف، فيسلم للورثة نصف الفارسي، وقيمته ثلاثون، ونصف الدقل، وقيمته عشرة، فيسلم لهم أربعون درهما، ويسلم لبائع الدقل نصف الفارسي، وقيمته ثلاثون، بنصف الدقل وقيمته عشرة، فيسلم له بطريق المحاباة عشرون، فيستقيم الثلث والثلثان.

فإن خرج الدين بعد ذلك، يردّ على بائع الدّقل النصف الباقي من الفارسي، ويؤخذ منه نصف الدقل، لأن المريض حابى له بأربعين، إلا أنه تعذّر تنفيذ الوصية في الكلّ لضيق المحل، فإذا خرج الدين وجب تنفيذ الوصية في الكلّ.

أكثر ما في الباب أنّ القبض انتقض في نصف الفارسي من الأصل، إلا أن التقابض في بيع الطعام بالطعام[2] عندنا ليس بشرط، فلا يمنع تنفيذ البيع في الكلّ، فصار هذا والهبة سواء، إلا أنّ هنا إذا هلك البدل والمبدل في يد من كان في يده، أو استهلكه، لا يضمن شيئا، وفي فصل[3] الهبة يضمن، لأن هبة المريض[4] وصية بالعين، وفي الوصية بالعين إذا فات محل الوصية إلى بدل، يجب تنفيذها في البدل.

---

(١) وفي (ج) و (د): "مثل نصف المحاباة".

(٢) "بالطعام" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "فصل" ساقط من (ج) و (د).

(٤) جاءت العبارة في (ج) و (د): "لأن الهبة في المرض".

وفي الوصية بالبيع إذا فات محل الوصية، تبطل الوصية، ألا تري أنه لو[1] أوصى بعبد لإنسان، أو وهب له في مرضه، فقتل العبد خطأ، كانت القيمة للموصى له.

ولو أوصى ببيع عبده من إنسان، ثم قتل العبد خطأ، تبطل الوصية، ولاتقام القيمة مقام العبد في حق البيع، فلهذا افترقا.

رجل اشتري عبدا يساوي تسع مائة درهم بمائة درهم، وتقابضا، ثم[2] مرض المشتري، وأقال البيع في مرضه، ثم مات، وله ألف [درهم][3] على رجل إلى سنة لامال له غيره، وأبت الورثة أن يجيزوا الإقالة، كان لهم ذلك، لأن الإقالة في حق الورثة بمنزلة البيع المبتدأ [في حقهم][4]، فلا يملك المحاباة إلا قدر الثلث.

ويخيّر بائع العبد: إن شاء نقض الإقالة، وردّ العبد على الورثة بمائة درهم، ولاشيء له بعد ذلك، خرج الدين أو لم يخرج، لما قلنا. وإن شاء لم ينقض، فإن أبي أن ينقض الإقالة، فإن القاضي يجيز الإقالة في ثلاثة أثمان العبد، ويردّ خمسة أثمانه على الورثة، لأن دفع الضرر عن الورثة واجب، ولاوجه لدفع الضرر بإزالة المحاباة، وإيجاب شيء على البائع، لأن الإقالة إنما تكون بالثمن الأوّل، فعند الزيادة في البدل، تخرج من أن تكون إقالة، فتعين هذا الطريق.

---

(١) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "ألا ترى من أوصى".

(٢) "ثم" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

ووجهه أن نقول: بأنه حابى بثمانمائة، وثلث ماله ثلاثمائة، فثلث ماله مثل ثلاثة أثمان المحاباة، فإذا كان مثل ثلاثة أثمان المحاباة، ينفذ ثلاثة أثمان المحاباة، وإذا نفذت ثلاثة أثمان المحاباة، نفذت الإقالة في ثلاثة أثمان العبد، وقيمته ثلثمائة وسبعة وثلاثون ونصف، لأن قيمة العبد تسعمائة، فثلاثة أثمانه يكون[1] ثلاثمائة وسبعة وثلاثون ونصف بثلاثة أثمان الثمن، والثمن مائة درهم، فثلاثة أثمانه يكون سبعة وثلاثين ونصفا.

يردّ هذا القدر من الثمن على الورثة، وتأخذ الورثة من العبد خمسة أثمانه، وقيمته خمسمائة واثنان وستون ونصف، وقد أخذوا من الثمن سبعة وثلاثين ونصفا، فحصل لهم ستمائة، وحصل للبائع ثلاثة أثمان العبد، وذلك ثلاثمائة وسبعة وثلاثون ونصف بسبعة وثلاثين ونصف درهم، وحصل له من المحاباة ثلثمائة، فيستقيم الثلث والثلثان.

وتخريجه بطريق الجبر والمقابلة أن نقول: نفذنا الإقالة في شيء، فبقي عبد إلا شيء، وما جازت الإقالة فيه جازت بتسعة، لأن الثمن مثل تسع العبد، فيضمّ تسع شيء إلى العبد، فصار في يد الورثة عبد إلا ثمانية أتساع شيء، وإنه يعدل شيئا وسبعة أتساع شيء، لأن الوصية لما كانت في ثمانية أتساع العبد[2]، كان للورثة ضعف ذلك، وهو شيء وسبعة أتساع شيء، إلا أنّ العبد ناقص بثمانية أتساع شيء، فأجبره بأن يزيد عليه ثمانية أتساع شيء.

وإذا زدتَ في العبد ثمانية أتساع شيء، زد فيما يعدله، وهو شيء وسبعة أتساع

---

(١) "يكون" ساقط من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "أتساع شيء".

شيء، ثمانية أتساع شيء، فصار العبد الكامل يعدل شيئين وسبعة أتساع شيء، وهو من حيث الأجزاء أربعة وعشرون، كلّ شيء تسعة.

وإذا صار العبد أربعة وعشرين، فنقول: نفذنا الإقالة في شيء من العبد، وهو تسعة من أربعة وعشرين، وتسعة من أربعة وعشرين ثلاثة أثمانه، كلّ ثمن ثلاثة، فبقي في يد الورثة من العبد خمسة عشر، وهو خمسة أثمانه، كلّ ثمن ثلاثة، وسلم لهم أيضا بدل ما جازت الإقالة فيه، وهو سهم واحد، لأنا نفذنا الإقالة في تسعة من أربعة وعشرين، مثل تسعة، وذلك سهم واحد، فصار جميع ما سلم للورثة ستة عشر، وللبائع تسعة، سهم واحد ببدل، وثمانية بطريق المحاباة بغير بدل، فاستقام الثلث والثلثان.

فإن خرج الدين، أمر الورثة بردّ كلّ العبد إلى البائع، لأنه إنما لايسلم كلّ العبد للموصى له لدفع الضرر، فإذا خرج الدين، اندفع الضرر عنهم بزوال المانع، فأمروا بردّ ما كان في أيديهم إن كان قائما، وإن هلك في أيديهم، أو استهلكوه ببيع أو غيره، لم يضمنوا شيئا، لأن سبب حق البائع الإقالة، والإقالة تبطل بهلاك العوض قبل التسليم، فتبطل وصيته، بخلاف الإقالة في الصرف والسلم، لأنها لاتحتمل الفسخ على ما قلنا.

فإن باع بعض الورثة نصيبه دون البعض، ردّ عليه ما بقي، اعتبارا للبعض بالكلّ، ويرجع الوارث [الذي][1] ردّ نصيبه من العبد في مال الميت الذي خرج حتى يساوي الورثة، لأن نصيبه قد استحق عليه، فيرجع بذلك في التركة، لأن الاستحقاق على بعض

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وصحّحته من (ج) و (د) فلا يستقيم الكلام بدونه.

الورثة استحقاق على الكل[1].

ثم[2] استشهد [محمد رحمه الله][3] بمسألة الصرف فقال: مريض باع إناء من فضة وزنه عشرون، وقيمته لصياغته ستون، باعه بعشرين درهما، وتقابضا، ثم مات، وله على رجل ألف درهم لا مال له غيره، وأبت الورثة أن يجيزوا، كان لهم ذلك، لأنه حابى بأكثر من الثلث، ويخيّر المشتري، إن شاء نقض البيع، وإن شاء أمضاه في البعض، فإن نقض، بطل حقه،[4] لا يعود حقه بعد ذلك، وإن خرج الدين، لما عرف غير مرة.

وإن لم ينقض البيع، جعل له القاضي نصف الإناء بنصف الثمن، وردّ نصف الإناء مع نصف الثمن على الوارث، حتى يصير في يد الورثة نصف إناء، قيمته ثلاثون وعشرة دراهم، فيكون أربعين.

وهذه المسألة، وما تقدم من بيع التمر الفارسي بالدقل سواء إلا في خصلة: وهو أن ما يردّه القاضي في الحال على الورثة يبطل فيه البيع، ولا يعود، وإن خرج الدين لانتقاض القبض المردود من الأصل، بخلاف بيع الكرّ؛ لأن التقابض فيه ليس بشرط.

ـ والله أعلم ـ

(١) كذا في الأصل، والعبارة في (ج) و (د): "لأن الاستحقاق على بعض الورثة بمنزلة الاستحقاق عليه".

(٢) "ثم" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٤) قوله: "بطل حقه" ساقط من (ج) و (د).

باب ما يساوم به الرجل أو يشتري أو يشهد به فيقضي بشهادته أو لايقضي ثم ادّعاه لنفسه أو لغيره

في الباب فصلان: فصل في المساومة، وفصل في الشراء وما يجري مجراه.

وبنى الباب على أصلين:

أحدهما: أنّ الاستيام[1]، والشراء، وما يجري مجراه من أسباب الملك إقرارٌ بأن لاملك له قطعا، وإقرارٌ بملك الآخر ظاهرا، لأن الظاهر: مباشرة التصرف بجهة الأصالة، وحكم الملك، لابجهة النيابة.

وإقرارٌ بصحّة التصرف، لأن إقدام العاقل على التصرف طلب لحكمه المتعلق به، فيكون طلبا للصحّة والجواز، والظاهر يصلح حجةً للدفع دون الاستحقاق[2].

---

(١) وفي (ج) و (د): "الاستام"، وما ثبت أصح.

(٢) قاعدة معروفة كثيرة الدوران على ألسنة الفقهاء، وهي متفرعة من قاعدة فقهية أساسية: «الأصل بقاء ما كان على ما كان» «المجلة» مادة: ٥، وهذا الأصل يسمّى: "الاستصحاب"، ومن القواعد الشرعية العامة أن الاستصحاب حجّة دافعة لا حجة مُثبتة، فالمفقود الذي غاب عن بلده ولايُعرف خبره أنه حيّ أو ميّت، لايكون استصحاب حياته حجةً ملزمةً للإرث من غيره، وذلك مرتبط بقاعدة أخرى ثابتة: «اليقين لايزول بالشك» ولذا عبّره العلامة الأخلاطي بقوله: "الأصل أن الثابت بالاستصحاب يصلح للدفع، لا للاستحقاق، لأن الثابت لايزول بالشك، وغير الثابت لايثبت به". «التيسير بمعاني الجامع الكبير»، مخطوط بالمكتبة المحمودية، المدينة المنورة، رقم

والثاني: أنّ التناقض يمنع صحّة الدعوى[1]، وسعي الإنسان في نقض ما تمّ به بمنزلة التناقض.

والثالث: أنّ الإقرار إذا ثبت في ضمن البيع، يبطل إذا بطل البيع، لأنه تَبَع للبيع.

[إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله][2]: رجل اشترى طَيلَسانا[3] بثمن، وتقابضا، ثم ادّعى أنّ الطيلسان كان لأبيه يوم اشترى، مات أبوه أمس، وتركه ميراثا، ولا وارث له غيره، وأراد أن يرجع بالثمن على بائعه، لا تُسمع دعواه، ولا تقبل بينته، لأن الإقدام على الشراء إقرار بملك البائع ظاهرا، والظاهر يصلح حجة للدفع.

فإن كان الأب حيا، فأقام البينة أن الطيلسان له، تُسمع دعواه، ويقضي له به، لأنه لم يسبق منه ما يجعله مناقضا. فإذا قضي القاضي له، واسترد الطيلسان[4]، رجع المشتري

٩٦٢، ق ١٦٨، وذكرها قاضي خان في ص ٣٦٠ بصيغة أخرى: "التمسك بالظاهر يصلح للدفع، لا للإيجاب"، وانظر: «المبسوط» ٥/ ٥، ٨، ٦٧، ٩/ ١٧١، «فتح القدير» ٧/ ٣٤٠، «غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر» للحموي، ١/ ٢٤٢، «درر الحكام» ١/ ٢٠، «شرح المجلة» للأتاسي، ١/ ٢٠.

(١) انظر «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٣٣٩/ و ٢/ ٤٧٥، و «الفرائد البهية» لمفتي محمود حمزة ص ٩٣. و راجع ما تقدم في ص ٩١٥.

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٣) "الطيلَسان": فارسي معرَّب من تالشان، وجمعه: طيالِسة، قال الفارابي: هو فَيعَلان بتح الفاء والعين، والطيلسان من لباس العجم، مدوّر أسود. انظر «المغرب» ٢/ ٢٣، «المصباح المنير» ٢/ ٣٧٥.

(٤) "الطيلسان" ساقط من (ج) و (د).

بالثمن على بائعه، لأن المبيع استحق على [يد][1] المشتري بما هو حجة على البائع، فيرجع عليه بالثمن.

فإن مات الأب، فورث الابن الطيلسان، سلم له، ولم يكن للبائع سبيل في استرداد الثمن وغيره، لأن المشتري وإن أقرّ بصحّة الشراء، إلا أنّ القاضي لما قضى عليه، فقد كذّبه فيما أقرّ، فالتحق إقراره بالعدم.

وكذا لو قضى القاضي بالطيلسان للأب، فمات الأب قبل أن يقبضه، وقبل أن يرجع المشتري بالثمن؛ لأن القضاء قد تمّ فبطل البيع، ويرجع المشتري بالثمن على بائعه.

وإن مات الأب بعد ما أقام البينة قبل أن يقضي القاضي له، فورثه المشتري، ولاوارث له غيره، بطلت تلك البينة؛ لأن قيام الخصومة شرط لصحّة القضاء، فإذا مات الأب، والمشتري لايتمكن من طلب القضاء لمكان التناقض، تبطل البينة ضرورةً.

فإن كان للأب ابن آخر، فهو على حججه، لأنه لم يسبق منه ما يجعله متناقضا، فكان له أن يطلب القضاء، إلا أن القاضي يقضي له بحصته، وهو النصف، لأنه لو قضى بجميعه، يقع القضاء للوارث من كل وجه[2]، ولهذا لاتسمع خصومة الابن المشتري، فلو قضينا بكلّه بخصومة هذا الابن، فجعلناه خصما عن المشتري، والمشتري لو خاصَم بنفسه لايصحّ، فيمتنع القضاء.

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج).

(٢) كذا في الأصل، وجاء في (ج) و (د): "للوارث بالجميع".

وإذا قضى القاضي بحصته من الثمن[1]، يخيّر المشتري: إن شاء ردّ الباقي، وسقط عنه كلّ الثمن، وإن شاء أمسك النصف، ويلزمه نصف الثمن.

ولو كان المشتري أقرّ أنّ الطيلسان للبائع، ثم اشتراه منه، ثم إن والد المشتري أقام البينة أن الطيلسان له، فقضى له القاضي، فإن المشتري يرجع بالثمن على بائعه على ما عرف من حكم استحقاق المبيع.

فإن مات الأب بعد ذلك، وورث الابن الطيلسان، فهو على وجوه ثلاثة: إما أن مات قبل أن يرجع المشتري بالثمن على بائعه، أو بعد ما رجع بالقضاء، أو بالتراضي.

ففي الوجه الأوّل: يسلم الطيلسان للمشتري، وسلّم[2] الثمن للبائع، لا يرجع عليه المشتري، لأن المشتري لما أقرّ بالملك للبائع صريحا، فقد أقرّ أنّ والده كان مبطلا في الدعوى، وشهوده شهدوا بالباطل، وأن المبيع سلّم له من جهة البائع بخلاف الفصل الأوّل، لأن ثمة ما أقرّ له بالملك صريحا، وإنما أقرّ في ضمن البيع، وبقضاء القاضي بطل البيع، فيبطل ما كان في ضمنه.

وإن كان المشتري رجع بالثمن على بائعه بالقضاء، ثم مات والده، كان البائع بالخيار: إن شاء استرد الثمن من المشتري، وترك الطيلسان عليه، وإن شاء أخذ الطيلسان [منه][3]، ولم يستردّ الثمن، لأن المشتري حين رجع بالثمن على بائعه، فقد فسخ العقد،

(١) وفي (ج) و (د): "من النصف".

(٢) "سلّم" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين أضيفت من (ج) و (د).

والبائع لم يرض بفسخه، لكن القاضي ألزمه بالشهادة الباطلة، فتوقف ذلك على إجازته، فإن شاء رضي به[1]، واسترد المبيع، وإن شاء أبطل ذلك الفسخ، واسترد الثمن، وهذا قول محمد.

أما على قول أبي حنيفة، وأبي يوسف آخرا: نفذ قضاءه ظاهرا وباطنا، وانفسخ البيع بينهما، فلا يخيّر البائع علي هذا الوجه، وله أن يأخذ الطيلسان من المشتري.

وإن كان المشتري رجع على بائعه بالثمن من غير قضاء، وأخذ الثمن بالتراضي، ثم مات والده، كان للبائع أن يأخذ الطيلسان من المشتري، وليس له أن يستردّ الثمن، لأنهما فسخا العقد بالتراضي، فانفسخ ظاهزا وباطنا، فيسلم الثمن للمشتري، ويردّ الطيلسان على البائع بحكم الإقرار. هذا هو فصل الشراء.

وأما فصل المساومة:

رجل في يده طيلسان، فقال له رجل: بعني هذا الطيلسان، فلم يتفق بينهما بيع، أو جرى بينهما بيع بشرط الخيار لأحدهما، ثم أقام المشتري البينةَ أن الطيلسان كان لأبيه يوم ساومه، وأن أباه مات أمس، وتركه ميراثا، لم تُسمع دعواه، ولاتقبل بينته، لما ذكرنا أن المساومة والشراء إقرار بأن لاملك له، وإقرار بملك البائع من حيث الظاهر، والظاهر يصلح حجّة للدفع، فيصير دافعا لدعوى المدعي، ولو ادّعى والده تُسمع دعواه لعدم المناقضة.

فإن قضى القاضي لوالده، ثم مات الوالد، وورثه الإبن المشتري، لاسبيل عليه

(١) "به" ساقط من (ج) و (د).

للذي[1] كان في يده، لما قلنا إن المساومةَ إقرار من حيث الظاهر، إلا أن الظاهر لا يصلح حجةً للاستحقاق.

وروى هشام عن محمد: أنّ من ساوم رجلا بشيء، ثم اشترى ذلك الشيء من آخر، وقبضه، فللأوّل أن يأخذه منه؛ لأن المساومة إقرار له بالملك.

والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية أنه إقرار من حيث الظاهر، فلا يصلح حجة للاستحقاق.

ولو قال عند المساومة: هذا الطيلسان لوالدي، وقد وكلّكَ ببيعه، فبعه مني، فلم يتفق بينهما بيع، ثم أقام المساوم البينةَ أنّ الطيلسان كان لأبيه يوم المساومة، مات أبوه أمس، وتركه ميراثا له، قبلت بينته، لأنه ليس بمتناقض.

ألا ترى أنه لو اشتراه، ونقد ثمنه، ثم أقام البينة أنه كان لأبيه يوم اشتراه، وأنه كان وكلّه ببيعه، فصحّ بيعه مني، ثم مات أبي وثمنه لي، سمعت[2] دعواه، وقبلت بينته، لأنه ليس بمتناقض، بل هو ساع في تقرير ما تمّ، لأنه ادّعى ملك الثمن بسبب جديد.

وكذلك: رجل ادّعى طيلسانا في يد رجل أنه اشتراه من الذي في يده بمائة درهم، وأقام بذلك شاهدين، فشهدا أنّ الذي في يدَيه باعه من هذا المدّعي بمائة درهم، وقالا: لاندري أهو للبائع؟ أو لم يذكرا هذه الزيادة، فقضى القاضي بذلك أو لم يقض، حتى ادّعى الشاهدان أنّ الطيلسان كان لأبيهما يوم شهدا، ثم مات أبوهما أمس، وتركه ميراثا

---

(١) في الأصل: "عليه الذي" مكان "عليها للذي".

(٢) في الأصل: "سمع دعواه"، والمثبت من النسخ الأخرى.

لهما، لاتسمع دعواهما؛ لأن شهادتهما بالبيع إقرار بملك البائع، وإقرار على أنّ البائع كان بسبيل من البيع، فكانا متناقضين في دعواهما.

فإن قيل: كيف يقضي القاضي بهذه الشهادة وقد قالا: لاندري أهو للبائع أم لا؟

قلنا: لما شهدا بالبيع، فقد شهدا ببيع صحّيح من حيث الظاهر، وبما هو سبب الملك للمشتري، فجاز القضاء بها. فإن استحقه رجل آخر، ثم وصل إلى الشاهدين بسبب من الأسباب، لم يكن للبائع ولا للمشتري سبيل عليهما، لأنهما شهدا بالبيع نصا، وما صرّحا بالملك للبائع والمشتري، فلو ثبت ذلك إنما يثبت في ضمن البيع.

فإذا بطل البيع بقضاء القاضي للمستحق، بطل ما في ضمنه، ولما ذكرنا أن الظاهر لايصلح حجة للاستحقاق. ولو بيّنا للقاضي يوم شهدا أن الطيلسان لنا، أو لأبينا، أو لفلان، وقد باعه هذا الذي في يده من هذا المدّعي، جاز القضاء لأن الشهادة بالملك المطلق تنصرف إلى الصحّيح.

وقولهما: "هو لنا"، كلام منفصل عن الشهادة غير محتاج إليه، لايثبت بمجرد دعواهما، فلا يمنع قبول الشهادة، فإن أقاما بعد ذلك بينة[1] أنه لهما، أو لأبيهما، أو لفلان، وقد وكلّهما فلان بالخصومة، صحّ، لأنهما ادّعيا شيئا قد ادّعياه أوّلا عند الشهادة، فانعدم التناقض.

ولو لم يشهدا بشيء عند القاضي، ولكنهما قالا للقاضي أوّلا: إن فلانا باع هذا الطيلسان من فلان، ثم ادّعياه لأنفسهما، أو ميراثا عن أبيهما، صحّ، لأن مجرد القول

(١) وجاء في (ج) و (د): "فإن أقاما البينة بعد ذلك".

لاعلى وجه الشهادة لايكون حجة ولا طلبا للحكم، ليكون دليلا على صحّة البيع، ضرورة أن القاضي يقضي ببيع صحيح، بل يكون تسكينا، فلاتثبت المناقضة، والشهادة بالهبة المقبوضة، والصدقة، والنكاح عليه بمنزلة الشهادة بالبيع، لأنها من أسباب الملك.

وكذا لو شهدا بإجارة دار لرجل، ثم ادّعيا لأنفسهما، وأقاما البينة، لم تقبل بينتهما، ذكرا عند الدعوى أنهما وكلّاه بالإجارة، أو لم يذكرا ذلك، إذا لم يقيما البينة على التوكيل.

أما إذا لم يذكرا ذلك، فلأنهما شهدا بعقد موجب للتسليم، فصار كما لو شهدا بالبيع. وأما إذا ذكرا أنهما وكلّاه بالإجارة، فلأنهما إذا لم يقيما البينة على التوكيل، لم يثبت التوكيل، بقيت إجارة مطلقة، فتنصرف إلى الإجارة بحكم الملك. فإذا ادّعيا الدار بعد ذلك كانا متناقضين.

وكذا لو ادّعيا أنها كانت لأبيهما يوم الإجارة، وذكرا أنّ الآجر أجّرها بوكالة أبيهما، أو لم يذكرا هذه الزيادة، ثم مات أبوهما، وتركها ميراثا لهما، ولم يقيما البينة على التوكيل، لا تُسمع[1] دعواهما، ولا تقبل بينتهما على الميراث.

وكذا لو ادّعيا لغيرهما بوكالة ذلك الغير، لاتصحّ، لأن التناقض كما يمنع الدعوى لنفسه يمنع الدعوى لغيره بطريق الوكالة، سواء ذكر أن فلانا وكل بالإجارة أو لم يذكرا ذلك، لما قلنا.

---

(١) وفي (ج) و (د): "تُسمع"، وهو خطأ.

قال[1]: فلو قضى القاضي بالإجارة بشهادتهما، ثم ادّعيا أن الدار لهما، وأنهما وكلّا الآجر بإجارتها، وأقاما البينة على ذلك كلّه، وعلى إقرار المؤاجر بالوكالة لهما، قبلت بينتهما؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا، ولو عاينّا إقرار المؤاجر بذلك، يرتفع التناقض، فكذا إذا ثبت بالبينة، وكذا في البيع إذا أقاما البينة على إقرار البائع أنه كان وكيلهما في البيع[2]، قُبلت، وكان الثمن لهما.

وإذا سمع دعواهما، وقبلت البينة بعد ذلك، ينظر: إن كان البائع والآجر ادّعيا العقد، والمشتري والمستأجر ينكران ذلك، حتى شهدا به، وقضى القاضي بذلك، ثم أقاما البينة أن ذلك لهما أو لأبيهما، وأنهما وكّلا البائع أوالآجر، يُقبل ذلك منهما، لأنهما شهدا بصحّة البيع والإجارة، ودعواهما الوكالة يقرر ذلك.

وإذا سمع[3] دعواهما عند دعوى الوكالة، ظهر أنّ شهادتهما بالبيع والإجارة كانت باطلة، لأنهما شهدا لأنفسهما أو لأبيهما على المشتري أو المستأجر، فتبطل الإجارة والبيع، إن أراد المستأجر أو المشتري[4] ذلك، لأن قضاء القاضي قد بطل، بقي إقرار الشاهدين بالإجارة أو البيع، فإن شاء المستأجر أو المشتري صدّقهما، وإن شاء كذّبهما.

---

(١) "قال" ساقط من (ج) و (د).

(٢) قوله: "في البيع" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وفي (ج) و (د): "وإذا سمعت".

(٤) ثبت في الأصل: "و المشتري" بثبوت حرف الواو، وسياق الكلام يقتضي ما أثبتناه من النسخ الأخرى، وكذا في قوله: "بالإجارة أو البيع"، وفي قوله: "إن شاء المستأجر أو المشتري".

فإن كان المستأجر والمشتري مقرّين بذلك، والبائع [والآجر][1] يجحدان ذلك[2]، مضت الإجارة والبيع، لأنه ظهر أنهما شهدا بذلك على أنفسهما أو على أبيهما، فتقبل، إلا أن في مسألة الأب متى قبلت الشهادة، يحكم ببطلان الإجارة من وقت موت أبيهما، لأن موت الموكل يُبطل الإجارة في المستقبل.

ولو أقاما البينة أنه كان لأخيهما فلان، وأنه وكل البائع، أو الآجر بالبيع والإجارة، وأنه مات، وترك ذلك ميراثا لهما، والمشتري والمستأجر يدّعيان ذلك، أو يجحدان، قُبل[3] ذلك منهما، ولا يبطل به البيع والإجارة، لأنه تبيّن أنهما شهدا للأخ أو عليه، والشهادة للأخ مقبولة، إلا أنه يجب الأجر لهما في الماضي دون المستقبل، لانتقاض الإجارة بموت الموكل.

رجل اشترى من رجل عبدا، أو ساوَمه، ثم أقام البينة أنّ العبد كان لأبيه يوم الشراء، وأنه كان وكيل البائع بالبيع، قُبلت بينته، ويقضى بالثمن له وبالعبد، إن لم يتمّ البيع، لأنه ساع في تقرير ما أوجبه، لا في نقضه، فتقبل بينته.

ولو وكل رجلا بالخصومة في عبد، فأقام المدّعى عليه البينة أنّ الوكيل ساوَمه هذا العبد في غير مجلس القضاء قبل الوكالة أو بعدها، أخرجه القاضي من الوكالة، لأن المساومة إقرار بالملك ظاهرا، فتخرجه من أن يكون خصما.

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د)، وثبوته أصح.

(٢) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في الأصل: "قبلت".

ولو وصل العبد إلى الوكيل بوجه من الوجوه، لايؤمر بتسليمه إلى من كان في يده، لأن المساومة إقرار من حيث الظاهر، فلا تصلح حجة للاستحقاق.

ولو أقام المدّعى عليه البينة أنه ساومه في مجلس القاضي، أخرجه القاضي من الوكالة، وبطلت خصومة الموكل، لأن المساومة إقرار بالملك ظاهرا.

والأصل في هذا: أنّ الوكيل إذا أقرّ لغير الموكل بالملك، فإن كان الإقرار قبل التوكيل، خرج من أن يكون خصما لمكان التناقض، ولاتَبطل خصومة الموكل؛ لأن الإقرار قبل التوكيل إقرار الأجنبيّ، فلا يلزم غيره.

وإن أقرّ بذلك بعد التوكيل، فإن كان الإقرار في مجلس الحكم، يخرج من أن يكون خصما، وتبطل خصومة الموكل، لأن إقرار الوكيل على موكلّه في مجلس الحكم يلزم الموكل عندنا[1]، خلافا لزفر والشافعي[2] رحمهما الله، إلا إذا كان الموكل استثنى

---

(١) هذا مقيد عند الحنفية بالإقرار في غير الحدود والقصاص، فالوكيل بالخصومة يملك الإقرار على موكله في غيرهما، لأن الوكيل بالخصومة وكيل بالجواب عن دعوى المدعي لبيان الحق وإثباته، وليس للمنازعة فقط، والجواب قد يكون إنكارا وقد يكون إقرارا. انظر «المبسوط» ١٩/ ٤، ٥، «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٤، «تكملة فتح القدير» ٦/ ١٠، «الدر المختار» ٤/ ٤٣٠.

(٢) ذهب الشافعية والمالكية والحنابلة وزفر من الحنفية إلى أن الوكالة إذا كانت مطلقة لاتتضمّن الإقرار على الموكل، فلو وكّل رجلا بالخصومة لا يقبل إقراره على موكله بقبض الحق وغيره، لأن الوكالة بالخصومة معناها التوكيل بالمنازعة، والإقرار مسالمة، لأنه يقطع الخصومة في النهاية، فهو يتنافي مع معنى الوكالة بالخصومة، فلا يملكه الوكيل كالإبراء. انظر «المهذب» ١/ ٣٥١، «المجموع» للنووي ١٣/ ٥٥٧، ٥٥٨، «المغني» لابن قدامة ٥/ ٩١.

واستثنى المالكية منه حالتان: الأولى إذا كان الوكيل عاما وجعل له الموكل الإقرار في عقد

إقراره، فحينئذ يخرج من أن يكون خصما، ولاتبطل خصومة الموكل[1].

وإن أقرّ الوكيل بذلك في غير مجلس القاضي، بطلت خصومته، ولا تبطل خصومة الموكل في قول أبي حنيفة ومحمد[2].

وعند أبي يوسف: إقرار الوكيل في غير مجلس القاضي ينفذ على الموكل، كإقراره في مجلس القاضي[3]، والمسألة معروفة.

والمساومة، والاستيهاب، والاستبداع إقرار لذي اليد بالملك من حيث الظاهر، والظاهر يصلح حجة للدفع دون الاستحقاق على ما ذكرنا.

رجلان وكلا بالخصومة في دار، واستثنى الموكل إقرارهما، فخاصما فيها، ثم ادّعى رجل أنه اشتراها من الذي في يده، فشهد له الوكيلان، خرجا من الوكالة لما قلنا، والموكلّ على خصومته وحجّته، لأن شهادتهما إقرار بمنزلة المساومة، إلا أن إقرارهما لم ينفذ على

الوكالة، والثانية إذا اشترط خصم الموكل أن يجعل الإقرار لوكيله. انظر «بداية المجتهد» ٢/ ٢٩٧، «الشرح الكبير» ٣/ ٣٧٩، «مختصر احتلاف العلماء» للجصاص ٤/ ٦٩.

(١) «المبسوط» ١٩/ ٤، «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٤.

(٢) قيّد الإمام أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله إقراز الوكيل في مجلس القاضي لا في غيره، لأن الموكل فوّض الأمر إليه للنيابة عنه في مجلس القضاء، لأن التوكيل هو بالخصومة، وذلك يختصّ بمجلس القاضي، بدليل أن الجواب لا يلزم في غير مجلس القاضي. «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٤، «تكملة فتح القدير» ٦/ ١٠٢، «مختصر احتلاف العلماء» للجصاص ٤/ ٦٩.

(٣) وجه قوله أن التوكيل تفويض ما يملكه الموكل إلى غيره، وإقرار الموكل لايتقيّد بمجلس القاضي، فكذا إقرار الوكيل. المرجع السابق.

الموكل للاستثناء، حتى لو لم يستثن إقرارهما ينفذ عليه، وتبطل خصومته.

فإن لم يقض القاضي بشهادتهما حتى وصلت الدار إليهما بوجه من الوجوه، سلمت الدار[1] لهما، ولايلزمهما[2] التسليم إلى الذي كان في يده، لأنهما شهدا بالبيع، والشهادة بالبيع إقرار بالملك من حيث الظاهر، وهي والمساومة سواء.

(١) "الدار" ساقط من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج): "ولايلزم".

باب من البيع الذي فيه الخيار الذي يلزم به بعض المبيع

في الباب فصول أربعة:

خيار الشرط في بعض المبيع، والثاني خيار الشرط فيما لا يبقى، والثالث الإبراء في خيار الشرط، والرابع تفريق الصفقة في البيع الموقوف.

وبنى الباب على [أصول][1]:

أحدهما: أنّ جهالة المبيع أو الثمن تمنع جواز العقد؛ لمكان الإفضاء إلى المنازعة.

والثاني: أنّ أحد العاقدين لايملك تفريق الصفقة قبل التمام لما عُرف.

والثالث: أن جهالة الثمن في الابتداء تمنع الانعقاد لوصف الصحّة، والجهالة الحادثة بعد العقد لا تمنع البقاء، لتعذّر الاحتراز عنها.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل اشترى عبدين بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما، لم يجز[2]، وهذه المسألة على وجوه أربعة:

---

(١) ورد في الاصل وفي (ج) و (د): "بنى الباب على أصلين"، وما أثبته فهو مقتضى سياق الكلام لأن الشارح بنى الباب على ثلاثة أصول، وفي (ج) و (د) بنى الباب على أصلين حيث ضمّ الأصل الثالث في الأول بقوله: "والجهالة في الابتداء تمنع".

(٢) لأن الذي لزمه العقد منهما مجهول، وإلزام العقد في المجهول لا يجوز، انظر «المبسوط» ١٣/ ٦٧.

أحدها: أن يكون محل الخيار معلوما وثمنه معلوما، بأن قال: بعت منك هذين العبدين بألف درهم، كلّ واحد منهما بخمسمائة، على أني بالخيار في هذا العبد.

والثاني: أن يكون محل الخيار مجهولا، وثمنه مجهولا، بأن قال: بعت منك هذين العبدين بألف على أني بالخيار في أحدهما.

والثالث: أن يكون محل الخيار معلوما، وثمنه مجهولا بأن قال: بعت منك هذين العبدين بألف على أني بالخيار في هذا بعينه.

والرابع: أن يكون محل الخيار مجهولا، وثمنه معلوما[1]، بأن قال: بعت منك هذين العبدين كلّ واحد منهما بألف، على أني بالخيار في أحدهما.

ففي الوجه الأوّل جاز؛ لأن المبيع معلوم، وثمنه معلوم، وفي الوجوه الثلاثة لايجوز.

أما في الوجه الثاني: فلأن المبيع مجهول، لأن العقد نفذ في أحدهما، وانعقد في حق الحكم، ولم ينفذ في الآخر في حق الحكم، لأن خيار الشرط يمنع انعقاد العقد في حق الحكم، والذي نفذ فيه العقد ليس بمعلوم، وثمنه مجهول؛ لأن ثمن كلّ واحد منهما إنما يعرف بانقسام الثمن عليهما على اعتبار القيمة، وذلك أمر يجري فيه الحرز والظن، وجهالة الثمن في الابتداء تمنع انعقاد العقد، [وكذا][2] جهالة المبيع أو الثمن يمنع

(١) انظر «المبسوط» ١٣/ ٦٨.

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د)، و ثبوته أصح.

الجواز[1]، فجهالتها أولى.

وفي الوجه الثالث والرابع لايجوز لجهالة المبيع أو الثمن.

فرّق بين هذا، وبين ما إذا باع عبدين بألف، فإذا أحدهما مكاتَب أو مدبر أو أم ولد[2]، حيث يجوز في القنّ بحصته من الثمن[3]، ولم يجعل هذا ابتداء العقد بالحصة، مع أن المدبر لايستحق البيع، وكذا المكاتب وأم الولد، ومحل الخيار هنا يدخل في البيع، ويستحق بالعقد، حتى لو أسقط الخيارَ ملكه المشتري من وقت العقد.

والفرق: أنّ هؤلاء أموال متقوّمة، فيكون محلا للعقد، وإنما لايثبت الملك للمشتري صيانةً لحقوقهم عن البطلان، فلم يمنع الدخول في حق انقسام الثمن على الكلّ، وإذا جعل الكلّ داخلا في العقد، لم يكن هذا ابتداء العقد بالحصة في حق القنّ، بل هذا إبقاء العقد بالحصة، والانقسام حكم ينفصل عن الملك.

ألا ترى أنه لو اشترى عبدين بألف، فإذا أحدهما ملك المشتري، جاز العقد في الآخر، كذلك هنا، وكذا الجواب لو كان الخيار للمشتري في جميع هذه الوجوه.

ولو اشترى شيئا واحدا أو مكيلا أو موزونا، وشرط الخيار في نصفه، أو في ثلثه، فهو جائز، لأن النصف والثلث معلوم، وثمنه معلوم، لأن ثمن الكلّ لما كان معلوما، كان ثمن النصف والثلث معلوما قطعا، بخلاف العبدين، لأن ثمن كلّ واحد منهما إنما يُعرف

---

(١) قوله: "أو الثمن يمنع الجواز" ساقط من (ج) و (د).

(٢) أما إذا كان أحدهما حرا فالبيع باطل في العبد. «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ١٦٧.

(٣) انظر «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ١٦٧.

بالحرز والظن.

وإذا جاز هذا العقد، كان للمشتري أن يردّ الذي فيه الخيار، وليس للبائع أن يمتنع عن القبول لمكان التشقيص، لأن البائع لما شرط الخيار للمشتري في البعض، وسلّطه على الفسخ، فقد رضي بهذا الضرر، وأوقع العقد متفرقا، ضرورةَ نفاذه في البعض دون البعض.

فرّق أبو حنيفة رحمه الله[1] بين هذا، وبين ما إذا شرط الخيار للمشتريَين، فأجاز أحدهما، وفسخ الآخر، حيث قال: لايجوز[2]، لأن ثمة الصفقة لم تقع متفرقة، بل توقّفت الجملة، وليس الظاهر من حالهما المخالفة، فلم يكن راضيا بالتفريق.

ثم في الفصل الأول: إذا كان المبيع معلوما، والثمن معلوما حتى جاز العقد، فإن كان الخيار للبائع، فأراد المشتري أن يأخذ الذي لاخيار فيه، وينقد ثمنه، ليس له ذلك؛ لأن البائع مسلط على إجازة العقد في الآخر، وعلى اعتبار الإجازة كان قبض أحدهما تفريقا للصفقة.

ولو أراد البائع قبض جميع الثمن، لايجبر المشتري على ذلك، لأن ثمن الذي فيه الخيار غير واجب على المشتري، فلا يجبر على دفع شيء هو غير واجب عليه.

---

(١) "رحمه الله" ساقط من النسخ الأخرى، وثبت في الأصل.

(٢) ذكر السرخسي رحمه الله هذه المسألة بوضوح فقال: وإن كان المشتري اثنين وهما بالخيار، فاختار أحدهما رده، والآخر إمساكه فليس لواحد منهما أن يرد حصته دون الآخر في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: له ذلك. انظر «المبسوط» ١٣/ ٥٠.

ولو أراد البائع أن يدفع الذي لاخيار فيه إلى المشتري، لايجبر المشتري على قبضه[1]، لما فيه من تفريق الصفقة على اعتبار [عدم][2] الإجازة في الآخر.

ولو أراد البائع أن يسلم العبدين إلى المشتري، وهو على خياره، لم يجبر المشتري على قبضهما، لأن المشتري لم يملك الذي فيه الخيار للبائع، والإنسان لايجبر على قبض ملك الغير، ولو قبضه يصير مضمونا عليه بالقيمة بمنزلة المغصوب[3]، فيتوقف الأمر حتى يظهر الفسخ أو الإجازة.

فإن أجاز، قبضهما بجميع الثمن، وإن فسخ في الذي فيه الخيار، قبض الباقي منهما بحصته من الثمن، كأنّ الذي فسخ فيه العقد مات عند البائع، والتشبيه بالموت عند البائع يدل على أن المشتري يتخيّر في الآخر، كما يتخيّر في الموت.

والأصحّ أنه لايتخيّر، لأنه لما شرط الخيار للبائع، فقد رضي بالتفريق عند الفسخ، بخلاف ما لو مات أحدهما عند البائع.

ولو كان الخيار للمشتري، والمسألة بحالها، فأراد المشتري أن يأخذ الذي لاخيار فيه بثمنه، لم يجبر عليه البائع، لأن فيه تفريق الصفقة على اعتبار إجازة [المشتري][4]، والبائع لم يرض بالتفريق عند الإجازة.

---

(١) كذا في (ج) و (د)، والعبارة في الأصل: "لايجبر عليه المشتري".

(٢) "عدم" ساقط من الأصل، وأثبت من النسخ الأخرى.

(٣) انظر «المبسوط» ١٣/ ٦٨.

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

ولو طلب المشتري أن يأخذ العبدين، وينقد جميع الثمن، وهو على خياره، لم يجبر البائع عليه، لأن البائع لم يملك ثمن الذي فيه الخيار، والإنسان لايجبر على قبض شيء لم يملكه.

وكذا لو أراد البائع تسليم الذي لاخيار فيه، لم يجبر المشتري على قبضه، لأن فيه تفريق الصفقة. ولو أراد تسليمها، لم يجبر المشتري على القبول، لأن عند أبي حنيفة خيار المشتري يمنع ثبوت الملك، فلا يجبر على قبض ما لايملك.

وعلى قولهما: خيار المشتري إن كان لايمنع الملك يمنع اللزوم، فلا يجبر على ما ليس بلازم له.

وكذا لو اشترى عبدا على أن المشتري[1] بالخيار، لم يجبر البائع على تسليمه، وإن نقد المشتري الثمن، لأن البائع لم يملك الثمن إذا كان الخيار للمشتري، فلا يجبر على قبض ما لايملكه.

قال: ألا ترى أنه لو كان الثمن طعاما لايحل أكله، ولو كانت جاريةً لايحل وطيها، ولو أعتقها لاينفذ.

الفصل الثاني:

رجل اشترى شيئا يفسد مثل الفاكهة، والسمك الطري، والعصير، على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فحلف البائع أن يفسد قبل أن يجيز، وقبل أن تمضي مدة الخيار، فالقياس أن لايجبر المشتري على شيء حتى يفسخ، أو يجيز باختياره، لأن البائع لما شرط الخيار

---

(١) "المشتري" ساقط من (ج) و (د).

للمشتري، فقد رضي بالضرر.

وفي الاستحسان يقال للمشتري: إما أن تفسخ العقد، وإما أن تأخذه، وليس عليك ثمنه إلى أن تجيز البيع أو يفسد عندك، لأن المشترى أقلّهما ضررا، لأنه يتمكّن من بيعه من غيره، ويتمكّن من الردّ على البائع، فيبقى له رأس ماله. أما البائع لايتمكّن من دفع الضرر عن نفسه، لأنه لايقدر على بيعه من غيره، ولايتمكن من إلزام العقد، فلو ترك عنده يفسد، فيضيع ماله، والضرران إذا تقابلا يتحمّل الأدنى لدفع الأعلى.

وكذلك رجل في يده سمكة طريّة، ادّعى رجل أنه اشتراها منه، وجحد البائع، فأقام المشتري بينة، ويخاف فسادها في مدة التزكية، فالقاضي يأمر المشتري حتى ينقُد الثمن، ويأخذ السمكة، ثم يبيع القاضي السمكة، ويقبض ثمنها، ويضع الثمن الأوّل والثاني على يد عدل.

فإن زكّيت البينة، يدفع الثمن الأوّل إلى البائع، والثاني إلى المشتري، وإن ضاعت في يد العدل، ضاعت على المشتري، لأن بيع القاضي كبيعه.

ولو لم تزكّ البينة، ضمن المشتري قيمةَ السمكة للبائع، لأن البيع لم يثبت، فيبقى قابضا ماله بجهة البيع.

الفصل [الثالث][1]:

البائع إذا أبرأ المشتري عن الثمن، والخيار للمشتري، فتمّ البيع بينهما، فإبراءه باطل في القياس.

---

(١) "الثالث" سقط خطأ من الأصل، وثبوته أصح. كما سيذكر الفصل الرابع قريبا.

وكذا لو قبض الثمن، ثم وهبه من المشتري، ثم تمّ البيع بينهما، فالهبة باطلة قياسا، وهو قول أبي يوسف. ويجوز استحسانا(١)، وهو قول محمد.

وكذا الآجر إذا أبرأ المستأجر عن الأجرة، في(٢) القياس أن لايجوز، وهو قول أبي يوسف، وفي الاستحسان يجوز.

وجه القياس: أنّ الإبراء إسقاط(٣)، فلا يصحّ(٤) قبل الوجوب، وخيار المشتري يمنع وجوب الثمن، والأجرة لاتجب قبل الاستيفاء، فلا يصحّ الإبراء.

وجه الاستحسان: أنه إبراء بعد سبب الوجوب، فيصحّ(٥)، كما لو أبرأه عن

---

(١) كذا في الأصل، وجاء في (ج) و (د): "وفي الاستحسان يجوز".

(٢) "في" ساقط من (ج) و (د).

(٣) اختلفت الفقهاء في حقيقة الإبراء، هل هو إسقاط للحق عمن هو عليه، أو هو تمليك له؟ واختار الإمام قاضي خان أن الإبراء إسقاط، وقد صرّح به في كتاب الكفالة أيضا فقال: "أما الإبراء إسقاط محض، ليس فيه معنى التمليك؛ ولهذا لو أضيف إلى العين، لا يكون تمليكا للعين، فكذا لو أضيف إلى الدين" راجع: باب فيما يرجع المحتال عليه و فيما لا يرجع وفيما يبطل عن المحتال عليه وفيما لا يبطل ص ١٨٢٤.

والصحيح أن الإبراء إسقاط في بعض الحقوق وتمليك في بعضها الآخر. راجع للتفصيل «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ٣١٤، ٣١٥، «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص١٧١. «مجلة الأحكام العدلية» المادة ١٥٣٦، ص ٢٩٨، «بدائع الصنائع» ٥/ ٢٧٧.

(٤) وفي (ج) و (د): "فلا يجوز".

(٥) أشار إليه العلامة ابن عابدين بقوله: "إن صحّة الإبراء تعتمد الوجوب أو قيام سبب الوجوب" انظر «حاشية ابن عابدين» ٢/ ٥٦٦.

موجب الجناية بعد الجرح، والإبراء لايستدعي ملكا كاملا.

ألاترى أن العبد المأذون [1] والوكيل بالبيع، يملكون الحطّ بسبب العيب مع أنهما لايملكان شيئا بذلك السبب [2]، بخلاف ما لو كان الخيار للبائع، فأعتقه المشتري حيث لايصحّ، لأن الإعتاق يعتمد ملكا كاملا وسببا تاما.

ولو كان الخيار للبائع، فأبرأ المشتري عن الثمن، روى هشام عن محمد أنه يصحّ إبراءه، ويكون إجازة للبيع [3]؛ لأنه يملك الإجازة، فيجعل إبراءه إجازة؛ ليكون إبراءً بعد الوجوب.

ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: لو كان الخيار للبائع، فقبض الثمن بإذن المشتري [4]، أو قبض المشتري المبيع بإذن البائع، لايكون إسقاطا للخيار في أصحّ الروايتين.

وأما الفصل الرابع، وهو تفريق الصفقة في البيع الموقوف:

فهو على وجوه ثلاثة: إما إن كان البيع بين ثلاثة نفَر، أو كان بين رجلين، أو كان لواحد.

أما الأوّل: عبد بين ثلاثة، قال أحدهم لرجل: إن هذا العبد بيني، وبين فلان وفلان

(١) زاد هنا في (ج) و (د): "والمكاتب".

(٢) كذا ثبت في الأصل، وجاءت العبارة في (ج) و (د): "مع عدم الملك ونقصانه".

(٣) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "للبائع"، وهو خطأ.

(٤) قوله: "الثمن بإذن المشتري" ساقط من الأصل.

أثلاثا، وأنا أبيعكم بكذا، وهما غائبان، لم يأمراني بذلك، لعلهما يجيزان إذا علما، فاشتراه على ذلك، ونقد الثمن، وقبضه، ثم حضر الغائبان، فلم يجيزا، فإن نصيب البائع يلزم المشتري، لأن البيع انعقد نافذا في نصيب البائع، وتوقّف في نصيب الغائبين، فكانت الصفقة متفرقة، وصار المشتري راضيا بتفريق الصفقة، فيلزمه نصيب البائع، كما لو اشترى نصيبه بصفقة على حدة.

ولو أجاز أحد الغائبين، وأبى الآخر، لزم المشتري نصيبه، ولا يتخيّر في قول محمد، وعلى قول أبي يوسف يتخيّر، لما نذكر بعد هذا.

ولو كان العبد لرجلين، فقال رجل: إنّ هذا العبد بين فلان وفلان نصفان، وأنا أبيعكه بكذا، ولم يأمراني بذلك، لعلهما يجيزان، فاشترى، ثم أجاز أحدهما [دون الآخر][1]، يتخيّر المشتري في قول أبي يوسف، وقال محمد: لايتخيّر.

وجه قول محمد: أنه لما اشتراه مع علمه أن أحدهما ينفرد بالإجازة، صار راضيا بالتفريق، كرجلين اشتريا شيئا على أنهما بالخيار، فردّ أحدهما بعد القبض بخيار [رؤية][2] أو شرط أو عيب، صحّ بلا خلاف بيننا، كذلك هنا.

ولأبي يوسف: أن الصفقة وقعت جملةً بصفة التوقف، فإذا تفرقّت، يخيّر، بخلاف الوجه الأوّل، لأن ثمّة لما نفذ في نصيب البائع، وتوقّف في نصيب الغائبين، وقعت متفرقة، حتى أنه لما توقّف في نصيب الغائبين، صار نصيبهما جملةً بمنزلة عبد آخر،

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د)، و ثبوته أصح.

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

فإذا أجاز أحدهما، وأبى الآخر، يخيّر، بخلاف مسألة المشتريين، لأن ضرر التفريق حصل برضى البائع وتسليطه، حيث أثبت الخيار لهما مع احتمال أن يجيز أحدهما دون الآخر، أما هنا بخلافه.

ولو كان العبد لواحد، فقال رجل: إنّ هذا العبد لفلان، وأنا أبيعكه بكذا، لعله يجيزه، واشتراه، ثم أجاز المالك البيع في النصف، يخيّر المشتري، لأن الصفقة وقعت مجتمعةً، والظاهر من حال المالك عدم التفريق، فلم يكن المشتري راضيا بالتفريق.

ـ والله تعالى أعلم ـ

باب النصرانيّ يُسلِم وله خمر فيأمر نصرانيّا ببيعها ما يجوز من ذلك وما لايجوز

ذكر محمد رحمه الله في الباب فصولا أربعة:

التوكيل ببيع الخمر وشراءها، والموكّل مسلم أو نصرانيّ.

والثاني: المسلم إذا أذن لعبده النصراني في التجارة، فاشتري الخمر.

والثالث: التوكيل بشراء ما باع بأقلّ مما باع قبل نقد الثمن.

والرابع: المسلم إذا وكل نصرانيا بشراء عبد بخمر بغير عينها.

وبني الباب على أن شرط صحة التوكيل بالمعاوضة في قول أبي حنيفة أهلية الوكيل للتصرف المأمور به(١)، وأهلية الموكل لحكم التصرف(٢)، ولايعتبر أهلية الموكل للتصرف المأمور به.

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٠، «فتح القدير» ٧/ ٤٦٤، ٤٧٣. و«مجلة الأحكام العدلية» مادة: ١٤٥٨، و«درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١١/ ٥٤٤.

(٢) قال الكاساني موجّها لهذا الضابط: لأن التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف إلى غيره، فما لايملكه بنفسه كيف يحتمل التفويض إلى غيره. راجع: «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٠، «الفتاوى الهندية» ٣/ ٥٦١، «مجلة الأحكام العدلية» مادة: ١٤٥٧، و«درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١١/ ٥٤٤.

وقال أبي يوسف ومحمد[1]: يعتبر أهلية الوكيل والموكل جميعا للتصرف المأمور به[2].

ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما، على قول أبي يوسف، إذا وكّله بشراء شيء لو باشره الموكل بنفسه، كان فاسدا وباطلا، ولو اشتراه الوكيل لنفسه، كان جائزا بجعل الوكيل مشتريا لنفسه، ترجيحا للجواز على الفساد.

وعلي قول محمد: عقد الوكيل كعقد الموكل، كأنه باشره بنفسه، إن كان فاسدا من الموكل يكون فاسدا من الوكيل، وما لايملكه بعقد نفسه لايملكه بعقد الوكيل[3].

لأبي يوسف ومحمد: أنّ التوكيل تفويض، وإقامة الوكيل مقام نفسه، ولهذا لو قال لغيره: فوّضت بيع عبدي إليك بكذا، كان توكيلا، فلا يملك التوكيل بما لايملك بنفسه.

ألا ترى أن المسلم إذا وكل مجوسيا ليزوّجه امرأةً مجوسيّة، لايصح، وكذا المسلم إذا وكل نصرانيا ليكاتب عبده النصراني على خمر، لايصح، لأنه لايملك ذلك بنفسه، فلا يملك التوكيل.

ولأبي حنيفة رحمه الله[4] أن الوكيل بالمعاوضة متصرّف بطريق الأصالة، ولهذا ترجع إليه الحقوق، ويستغني عن إضافة العقد إلى الموكل، وأثر التوكيل في نفاذ تصرفه

---

(١) وفي (ج) و (د): "وعند أبي يوسف ومحمد".

(٢) انظر «فتح القدير» ٧/ ٤٧٣.

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ٣١.

(٤) "رحمه الله" ساقط من (ج) و (د).

على الموكل، وثبوت حكم تصرفه له، فيعتبر لصحة التوكيل أهلية الوكيل للتصرف، وأهلية الموكل لحكم ذلك التصرف.

وما قالا: بأن التوكيل تفويض وإنابة[1]، فليس كذلك، بل الوكيل كان مالكا للتصرف قبل التوكيل:

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

نصراني أسلم، وله خمر، فوكّل نصرانيا ببيعها، فباع الوكيل، فالثمن للموكل، يتصدق به، ولايجبر عليه.

وكذا لو وكل مسلم نصرانيا بشراء خمر، فاشترى، لزم الأمر، ويخلّلها، وهذا قول أبي حنيفة[2].

وقال أبو يوسف ومحمد: [التوكيل][3] باطل، والشراء لازم للوكيل.

ولو وكل نصراني مسلما بذلك، ففعل، كان باطلا بالإجماع.

لهما: أنّ المسلم لايملك بيع الخمر ولا شراءها، فلا يملك التوكيل به.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الوكيل أهل لهذا التصرف، والمسلم الموكل أهل لثبوت

---

(١) وفي الأصل: "وإقامة"، والمثبت من (ج) و (د).

(٢) قال السرخسي رحمه الله: جاز في قول أبي حنيفة، لأن العاقد نصراني، ولم يجز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، لأن من وقع له العقد مسلم. «المبسوط» ١٣/١٣٨.

(٣) ما بين المعكوفتين أثبت من (ج) و (د)، وهو ما يقتضيه سوق الكلام، وفي الأصل: "البيع باطل"، وهو خطأ.

حكم هذا التصرف، وهو ملك الخمر لا بعقد باشره، ألا ترى أنه يملك بالميراث، ويملك بشراء عبده المأذون النصراني، فيملك بشراء الوكيل.

وإذا صح بيع الوكيل، قال: أحب إلى أن يتصدق بالثمن، لأنه ثمن الخمر، وقد قال عليه السلام: «إن الذي حرّم شُربَها حرّم بيعَها، وأكلَ ثمنِها»[1] فكان خبيثا، فيتصدّق

---

(١) حديث صحيح، أخرجه الإمام مسلم عن عبد الرحمن بن وَعلَة ـ رجل من أهل مصر ـ: أنه سأل عبد الله بن عباس عمّا يُعصَرُ من العنب؟ فقال ابن عباس: "إن رجلا أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم راويةَ خمرٍ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: هل علمتَ أن اللهَ قد حرّمها؟ قال: لا، فسارّ إنسانا، فقال له رسول الله ﷺ: بِمَ سارَرْتَه؟ فقال: أمرتُه ببيعِها، فقال: «إن الذي حرّم شُربَها حرّم بَيعَها» قال: ففتح المزادَ حتى ذهب ما فيها. كتاب البيوع، باب تحريم بيع الخمر، الحديث ٤٠٢٠.

وأخرجه النسائي في كتاب البيوع، باب بيع الخمر، الحديث ٤٦٧٨، وأخرجه الإمام مالك في الموطأ ٢/ ٨٤٦، ومن طريقه الإمام الشافعي ١/ ١٤٠، وابن حبان الحديث ٤٩٤٢، والبغوي الحديث ٢٠٤٢، والبيهقي ٦/ ١١، كلهم عن زيد بن أسلم عن ابن وعلة.

ولم أجد في ألفاظ هذا الحديث: «وأكلَ ثمنها» وفي الباب حديث آخر نصّ عليه بذلك، فقد أخرج الإمام أحمد في مسنده عن نافع بن كيسان أن أباه أخبره: «أنه كان يتّجر بالخمر في زمن النبي ﷺ، وأنه أقبل من الشام ومعه خمر في الزقاق يريد بها التجارة، فأتى رسول الله ﷺ فقال: يارسول الله إني جئتك بشراب جيّد، فقال رسول الله ﷺ: ياكيسان إنها قد حرمت بعدك، قال: أفأبيعها يارسول الله؟ فقال رسول الله ﷺ: إنها قد حرمت وحرم ثمنها، فانطلق كيسان إلى الزقاق فأخذ بأرجلها ثم أهراقها» الحديث ١٨٤٨١.

[به][1]، إلا أنه لايجبر عليه، لأنه محض حق الله تعالى، لاحق للعبد فيه، فلا يجري فيه الجبر، كالنذور والكفارات.

وفي التوكيل بشراء الخمر يملك الخمر، ويخلّلها، لأنه ممنوع عن الانتفاع بعينها، فكان له أن يتصرف فيه على وجه يتوصّل به إلى الانتفاع، كما لو ورث خمرا، أو تخمّر عصيره، وعليه الثمن يدفعه إلى الوكيل، لأن الملك انتقل إليه من جهته، فيلزم البدل، كما لو اشتري مورثه.

الفصل الثاني:

مسلم أذن لعبده النصراني في التجارة، فاشترى الخمر، وباع، جاز ذلك بالإجماع، وبهذا الفصل احتجّ عليهما أبو حنيفة رحمه الله.

وهما فرّقا فقالا: بأن الإذن فكّ الحجر، وليس بإنابة، والعبد يتصرّف بجهة الأصالة[2]، ولهذا لايرجع بالعهدة على المولى حتي يطالب، ويؤاخذ به بعد العتق. ولو أدي الثمن من ماله بعد العتق، لايرجع بذلك[3] على المولي.

وكذا لو أذن له في التجارة، ونهاه عن التصرف في الخمر، لايصحّ نهيه. ولو كان وكيلا، يصح نهيه، ويرجع عليه بالعهدة، فثبت أن الإذن فكّ، وليس بإنابة، فيعتبر فيه

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): "بحكم الأصالة".

(٣) وفي (ج) و (د): "لايرجع به".

حال العبد لا حال المولي، حتي لو كان بجهة النيابة[1] بأن قال لعبده المأذون: بع خمري، أو قال: اشتر لي خمرا، كان على الخلاف.

وكذا لو وهب نصراني لهذا[2] العبد خمرا، وقبضه، صحّ، ويصير ملكا لمولاه، وكذا لو كان العبد محجورا، لأن العبد[3] المحجور يملك قبول الهبة.

ولو أن نصرانيا وهب لمسلم خمرا، فقبله، وقبض، كان باطلا، وكذا لو وكل نصرانيا بقبض الهبة، لأن العقد وقع باطلا، والقبض بناء عليه. هما احتجّا على أبي حنيفة بهذا الفصل.

وأبو حنيفة فرّق بين الوكيل بقبول الهبة، وبين الوكيل بالشراء، فقال: الوكيل بالشراء عاقد لنفسه في حق الحقوق، ولهذا[4] يؤاخذ بالعهدة[5]، ويستغني عن إضافة العقد إلى الموكل، أما التوكيل بقبول الهبة، لاتصح إلا على وجه الرسالة، فكان لهذا العقد حقوق تتعلق بالعاقد، فكان رسولا محضا، والكافر لايصلح رسولا عن المسلم في هذا الباب.

(١) كذا ثبت في (ج) و (د)، وفي الأصل: "على جهة النيابة".

(٢) وفي (ج) و (د): "هذا العبد"، بسقوط اللام، وهو خطأ.

(٣) "العبد" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د): "فلهذا".

(٥) أي الوكيل يتحمّل المسئولية، ويلتزم بحقوق العقد. انظر «الفروق» للكرابيسي ٢/ ٢٢٢.

وكذا لو وكل المسلم نصرانيا بأن يكاتب عبده النصراني على خمر، لم يجز[1] في قولهم، لأن الوكيل بالكتابة سفير لاترجع إليه الحقوق[2]، وهو بمنزلة الوكيل بالنكاح.

الفصل الثالث: .

رجل باع عبدا بألف إلى سنة، وسلّم، ثم وكل رجلا بأن يشتريه[3] له بخمسمائة حالّة، ففعل، صحّ ذلك في قول أبي حنيفة، ويملكه الموكل ملكا جائزا، لأن عنده: المعتبر حال العاقد لاحال الآمر.

وعند أبي يوسف: التوكيل باطل، ويكون[4] مشتريا لنفسه، لأنه لاوجه أن يملكه الموكل ملكا جائزا عندهما، لأن عندهما ما لايملكه الموكل بعقد نفسه، لايملكه بعقد الوكيل، فيجعل[5] مشتريا لنفسه تحرّيا للجواز.

وعند محمد رحمه الله: يملكه الآمر ملكا فاسدا إذا قبض وكيله، لأنه لو اشتراه بنفسه يملكه ملكا فاسدا، فكذا إذا اشتراه وكيله، لأن التوكيل كما يكون بالجائز، يكون بالفاسد، كما لو وكل إنسانا بشراء عبد بألف [درهم][6] إلى العطاء، فاشتراه بألف إلى

---

(١) وفي (ج) و (د): "لم تجز"، وهو خطأ.

(٢) العبارة في (ج) و (د): "لاترجع الحقوق إليه".

(٣) في الأصل: "بأن يشتري"، وما أثبت من (ج) و (د)، وهو أصح.

(٤) وفي (ج) و (د): "ويصير".

(٥) وفي (ج) و (د): "فيصير".

(٦) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

العطاء، يجعل[1] مشتريا للآمر، بخلاف المسلم إذا وكل نصرانيا بشراء الخمر، فاشترى، فإن العقد يكون للوكيل، ولايكون للموكل عنده، لأن ثمّة لو فعل الموكل بنفسه، كان باطلا لايملكه، فلا يصح التوكيل به، أما هنا بخلافه.

وأبو يوسف يقول: في التوكيل بالشراء إلى العطاء تعذّر تجويزه، لأنه لو وقع للآمر أو للوكيل، يقع فاسدا، فيقع[2] للآمر. أما ههنا لو وقع للوكيل، يكون جائزا، ولو دفع للآمر، يكون فاسدا، فيجعل واقعا للوكيل.

وإذا صار مشتريا للآمر، عند محمد لايملكه إلا بالقبض، وإذا قبضه الوكيل، يملكه الموكل بالقيمة، حتي لو أعتقه الموكل نفذ إعتاقه، فكان عليه قيمته، يدفعها إلى الوكيل، ثم يدفعها الوكيل إلى البائع، ولا يتصدّق الآمر بشيء، وإن كانت القيمة أقلّ من ألف درهم، لأن ردّ القيمة كردّ العبد. ولو رد العبد لايتصدق بشيء، فكذا إذا ردّ القيمة.

وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يتصدق الموكل بخمسمائة، لأنه ربح حصل لاعلى ضمانه، فيتصدق به، كما قال في مسألة أول الباب: إنه يتصدّق بثمن الخمر.

الفصل الرابع:

مسلم وكل نصرانيا بأن يشتري له عبدا بألف رطل[3] من خمر وسَط بغير عينها، فاشترى، صح في قول أبي حنيفة رحمه الله، ويجب للبائع على الوكيل عين الخمر، لأنه

---

(١) وفي (ج) و (د): "يكون".

(٢) وفي (ج) و (د): "فوقع".

(٣) في (ج) و (د): "بألف ورطل"، وما ثبت في الأصل أصح.

من أهل وجوب الخمر، ويرجع الوكيل[1] على الموكل بقيمة الخمر، لأن الموكل ممنوع عن تمليك الخمر، وعن أداء عينها، لأنه تمليك، فكان عليه القيمة.

كما لو استقرض نصراني من نصراني خمرا، ثم أسلم المستقرض قبل القبض[2]، كان عليه قيمتها، وكما في الغصب.

وعند محمد رحمه الله: العقد وقع للموكل بصفة الفساد، كما لو اشتراه الموكل بنفسه، فيكون مضمونا بالقيمة، فتجب القيمة للبائع على الوكيل، ثم يرجع الوكيل بها على الموكل[3].

[وعند أبي يوسف يصير مشتريا لنفسه.][4]

ـ والله أعلم بالصواب ـ

---

(١) "الوكيل" ساقط من (ج) و (د).

(٢) لعلّ المراد ـ والله أعلم ـ أن المستقرض أسلم قبل سَداد القرضَ للدائن، وبه يستقيم المعنى.

(٣) العبارة في (ج) و (د): "يرجع بها الوكيل على الموكل".

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

كتاب الشفعة[1]

باب الشفعة التي تكون بمنزلة الاستحقاق وغير ذلك

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أنّ الاستحقاق بحق سابق على العقد يُبطل العقد، لأن ملك المستحق إذا تقدم على العقد، كان العقد واردا على ملك الغير، فيبطل بردّه.

والثاني: أن الشفيع مقدّم على المشتري، فيتقدّم على من قام مقام المشتري.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل اشترى من رجل دارا، وقبضها، أو لم يقبضها، ثم جاء رجل، وادّعى أنّ الدار له، فصالحه المشتري من غير إقرار على خمسمائة درهم، فهو جائز، لما عرف من جواز الصلح على الإنكار عندنا[2].

---

(١) الشفعة لغة: الضم، وفي الشرع هي كما عرّفها الجرجاني بقوله: "تملّك البقعة جبرا بما قام على المشتري بالشركة والجوار". «التعريفات» ص ١٦٨، وفي المجلة: هي تملّك الملك المشترَى بمقدار الثمن الذي قام به على المشتري. (مادة: ٩٥٠)، والشفيع: هو من كان له حق الشفعة. (مادة: ٩٥١)، والمشفوع: هو العقار الذي تعلق به حق الشفعة. (مادة: ٩٥٢)، والمشفوع به: هو ملك الشفيع الذي كان به الشفعةُ. (مادة: ٩٥٣).

(٢) انظر «تكملة فتح القدير» ٩/ ٤١٧، «الفتاوى الهندية» ٥/ ١٦٠.

فإن حضر الشفيع[1]، وأخذها بقضاء القاضي، بطل الصلح، وكان للمشتري أن يرجع على المصالح ببدل الصلح، لأن الشفيع استحقّ الدار بحق سابق على الصلح، فبطل الصلح، لأن الصلح على الإنكار بَيع في حق المدّعي.

ولو باعها حقيقة، ثم أخذها الشفيع بالبيع الأول، يبطل البيع الثاني، وكذا لو استحقها ببينة أقامها على الملك، أو أقرّ المصالح ببطلان الصلح، فكذلك هنا، ولأن القاضي لما قضى للشفيع بالشفعة، فقد قضى بصحة ذلك البيع، لأن الشفعة إنما تستحق بالعقد الجائز، فكان من ضرورته بطلا ن الصلح.

وإن أخذها الشفيع بالشفعة بالتراضي، لا بقضاء قاض، لم يرجع المشتري على المصالح بشيء، لأن أخذ الشفيع[2] بغير قضاء بمنزلة البيع الجديد في حق المصالح، فلا يظهر بطلان الصلح.

ولو لم يدع الدار أحد، ولكن المشتري زاد البائع في الثمن خمسين دينارا، جازت الزيادة، وكان للشفيع أن يأخذها بالثمن الأول من غير زيادة[3]، لأن حق الشفعة بالثمن الأول كان ثابتا قبل الزيادة، فلا يبطل بفعل المشتري[4].

---

(١) وفي (ج) و (د): "الشفيع" بالألف واللام.

(٢) وجاء في (ج) و (د): "الأخذ بغير قضاء".

(٣) وقد علّل له شمس الدين أحمد في التكملة بقوله: لأن في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع، لاستحقاقه الأخذ بما دونها. «تكملة فتح القدير» ٩/٤٠٤.

(٤) فاذا زاد البائعَ المشترى في الثمن زيادة بعد العقد أخذ الشفيع الدارَ بالثمن الاول، لأنه قداستحق أخذها بالثمن الأول قبل الزيادة، والمشتري لا يملك ابطال الحق الثابت له، فلا يملك غيره أيضا

بخلاف ما لو حطّ عن الثمن شيئا، حيث يظهر ذلك في حق الشفيع[1]، لأن فيه توفير المنفعة على الشفيع، لا إبطال حقّ عليه.

ثم المشتري يرجع على البائع بالزيادة، لأن الشفيع استحق الدار بسبب سابق على الزيادة.

ولو زاد في الثمن بعد الاستحقاق، لا تصح الزيادة، لأنها لا تأخذ قسطا من المعقود عليه، فكذلك هنا، ولأن المشتري إنما زاد في الثمن ليسلم له المبيع، ويكون لها قسط من المعقود عليه، فإذا لم يسلم له الدار، يرجع بالزيادة، سواء أخذها الشفيع بقضاء أو بغير قضاء.

فرّق بين هذا [وبين الصلح، فإن ثمّة][2] إذا أخذها الشفيع بقضاء، يرجع ببدل الصلح، وإن[3] أخذها بغير قضاء لا يرجع، وهنا يرجع بالزيادة على كل حال.

يُوضحه أن بهذه الزيادة يُلزم نفسه شيئا للبائع، ويُلزم الشفيعَ مثل ذلك، وله الولاية على نفسه دون الشفيع، فيعمل التزامه في حقه، ولا يعمل في حق الشفيع. راجع «المبسوط» ١٤/ ١٠٨.

(١) هذه المسألة تتفرّع على أصل ذكره الإمام السرخسي بأن الزيادة والحط في بعض الثمن يثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد عندنا، فاذا كان الحط يلتحق بأصل العقد، فالمحطوط خرج من أن يكون ثمنا، وإنما ثمن الدار ما بقي، فيأخذه الشفيع بذلك، فلو كان الشفيع أخذها بألف، ثم حَطّ البائع عن المشترى تسعمائة، فإنه ينحط ذلك القدر عن الشفيع أيضا، حتى يرجع بذلك القدر على المشتري، لأنه ظهر منه أنه أخذ منه فوق حقه. انظر «المبسوط» ١٤/ ١٠٧، و«تكملة فتح القدير» ٩/ ٤٠٤، و«ردّ المحتار» ٥/ ١٤٦.

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٣) وفي (ج) : وإذا.

والفرق أنّ في مسألة[1] الصلح المدّعي منكِر حق الشفعة بالبيع، ويزعم أن البيع كان باطلا، إلا أن أخذ الشفيع إذا كان بقضاء القاضي[2]، يصير مكذّبا فيما زعم، فيبطل زعمه، وإذا كان بغير قضاء لا يبطل زعمه، فبقيت الدار سالمة للمشتري في زعم المصالح، أما هنا: استحقاق الشفيع ثابت في زعم البائع والمشتري جميعا، فيستوي فيه القضاء، وعدمه[3].

رجل اشترى دارا، وهو ورجل[4] آخر شفيعها، ثم وهبها المشتري من رجل، وسلّمها إلى الموهوب له، ثم حضر الشفيع، كان له أن يأخذ نصفها من الموهوب له[5]، لأن الموهوب له قائم مقام المشتري.

ولو حضر الشفيع قبل الهبة، كان له أن يأخذ نصفها، لما عرف في الأصل، فكذلك بعد الهبة، لأن الواهب لا يملك إبطال حق الشفيع، وإذا أخذ الشفيع نصفها، بطلت الهبة في الباقي، لأن حق الشفعة يثبت عند زوال ملك البائع قبل ثبوت ملك المشتري، حتى لو اشترى دارا بشرط الخيار، ثبت للشفيع حق الشفعة، وإن لم يملكها المشتري في قول أبي حنيفة، فتصير هذه هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، فتبطل ذكر هذه المسألة على وجه الاستشهاد، لبيان أن الأخذ بالشفعة استحقاق بحق سابق على المشتري.

---

(١) "مسألة" ساقط من (ج) و (د)، وثبوته أولى.

(٢) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

(٣) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "وعدم القضاء"، وما ثبت أصح.

(٤) "رجل" ساقط من (ج) و (د)، وثبوته أولى.

(٥) انظر «الفتاوى الهندية» ٥/ ١٧٦.

وقد قال بعض مشايخنا: إذا اشترى جزءا من دار، ثم اشترى الباقي احتيالا للشفعة، كان للشفيع أن يأخذ الكل[1]، استدلا لا بهذه المسألة، لأنه أخذ الجزء الأول بحق سابق، فيصير شريكا في الدار، وهو خلاف ظاهر الرواية.

وهذا بخلاف ما إذا وهب المريض دارا لرجل، وسلّمها إليه، ثم نقضت الهبة بعد موته في الثلثين لحق الورثة، لا تبطل الهبة[2] في الباقي.

وكذا[3] لو وهب دارا لرجل وسلم، ثم رجع في نصفها، لا تبطل الهبة في الباقي، لأن ذلك شيوع طارئ.

أما في مسألة المريض: فلأن ذلك استحقاق بحق متأخّر عن الهبة، لأن سبب استحقاق الورثة الميراث، والإرث يكون بعد الموت، ولهذا لو أجازوا الهبة قبل الموت، لا تعمل إجازتهم، وأثر المرض في الحجر عن التصرفات المبطلة للميراث[4].

وبخلاف الرجوع في الهبة، لأن الواهب ما استحقّ النصف بحق سابق على الهبة، لأن حق الرجوع يثبت بالهبة، فيتأخر عنها، ولا يسبقها، فكان شيوعا طارئا.

رجل شهد لرجل بدار في يد رجل، فلم يقبل القاضي[5] شهادته حتى اشتراها، ولها شفيع، فالشفيع أحق من المشهود له، لأن إقرار المشتري إنما ينفذ في ملكه، لا في

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٥/١٧٦.

(٢) "الهبة" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "وكذا" ساقط من (ج) و (د).

(٤) أي: أن أثر مرض الموت في الحجر عن التصرفات المبطلة للميراث ظاهر عند الفقهاء.

(٥) وفي (ج) و (د): "فلم تقبل شهادته".

ملك غيره، فكان مؤخرا عن ثبوت الملك له، وحق الشفيع يثبت بزوال ملك البائع قبل ثبوت ملك المشتري، فكان حق الشفيع سابقا على حق المقرّ له.

ألا ترى أن الشفيع مقدّم على المشتري، فيكون مقدّما على من يستحق من جهة المشتري.

ثم ينظر: إن كان المشتري لم يقبض الدار، وأخذها الشفيع من البائع، لم يضمن المشتري قيمة الدار للمقرّ له، لأنه لم يغصب الدار، فلا يضمن[1].

وإن كان المشتري قبض الدار، فأخذها الشفيع منه، ضمن قيمة الدار للمقرّ له على قول من يرى الضمان بغصب الدار والعقار، وهو قول محمد[2] والشافعي[3]، لأن في زعم المشتري أنه كان غاصبا، وأخذ الشفيع منه بقضاء القاضي بمنزلة الهلاك، فيضمن.

---

(١) انظر «البحر الرائق» ٨/ ١٤٧.

(٢) لايضمن غاصب الدار والعقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، إذا هلك المغصوب في يده بآفة سماوية، كغلبة سيل، ويضمن عند محمد رحمه الله، والفتوى في غصب اعقار والدور الموقوفة على قول محمد بوجوب الضمان، وقيّدنا كون الهلاك بآفة سماوية، لأنه لوكان بفعله يضمن اتفاقا، وإلى هذا أشار القدوري بقوله: "وما نقص منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا"، لأنه إتلاف، والعقار يضمن به. يراجع للتفصيل: «القدوري مع الباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٠٦، «المبسوط» ١١/ ٧٦، «الدر المختار» ٦/ ١٨٦، «الهداية» ٤/ ١٣.

(٣) انظر: «الأم» ٣/ ٢٤٩، «المهذب» للشيرازي ١/ ٣٧٨، «الوجيز» ١/ ٢٠٦، «رؤوس المسائل الخلافية» للزمخشري، ٣٥٥.

والمذهب عند الحنابلة أنه يضمن العقار بالغصب. راجع «الإنصاف» ٦/ ١٢٣، «المغني» ٥/ ٢٤١.

هذا إذا اشتراها لنفسه، وإن اشتراها لغيره، وليس لها شفيع، كان الموكل أحقّ بها من المقرّ له، لأن الموكل أحق من المشتري، فيكون أحق ممن يستحق من جهة المشتري، فإذا أخذها الموكل، فحكم الضمان على المشتري يكون على التفصيل الذي ذكرنا في حق الشفيع.

وذكر في «الأمالي» عن أبي يوسف: رجل أقرّ بعبد في يد رجل أنه لفلان آخر، ثم قال: إن اشتريته فهو حرّ، ثم اشتراه، فهو للمقرّ له، ولا ينزل العتق، لأن العتق إنما ينزل في ملك المشتري بعد التقرّر، وإقراره ينفذ قبل ذلك.

وذكر فيه أيضا: لو أقرّ بعبد في يد رجل أنه حر، ثم اشتراه لغيره، فهو للآمر، ولا يعتق، لأن شراءه يوجب الملك للموكل دون الوكيل، فلا ينفذ إقراره في ملك الآمر.

وذكر فيه أيضا: لو أقرّ بعبد في يد إنسان أنه لفلان آخر، ثم أقرّ أنه حر الأصل، أو أقرّ أوّلا أنه حر، ثم أقرّ أنه لفلان، ثم اشتراه لنفسه، قال بجواز الإقرار الأول، أيّهما كان، لأن الإقرارين قائمان عند الشراء لمكان الإصرار، فبعد ما اشترى يصير كأنه أقرّ، ثم أقرّ، فنفذ الأول.

ثم رجعنا إلى مسألة الكتاب، قال: فلو أنّ الشاهد اشتراها لنفسه، ولها شفيع غائب، فحضر المقرّ له، كان له أن يأخذها، لأن حقه ثابت، وحق الشفيع موهوم، عسى يأخذ، وعسى لا يأخذ، فلا يؤخر.

فإن كان الشاهد حين اشتراها لنفسه، اشتراها من المقرّ له ثانيا، ثم حضر الشفيع، فإن أخذها بالبيع بقضاء قاضٍ، انتقض البيع الثاني، ويصير كأنّ المشتري لم يشتر من المقرّ له، لأنه استحق الدار بحق سابق على البيع الثاني، فيبطل البيع الثاني، ويرجع المشتري

بالثمن على المقرّ له، لأن المبيع لم يسلم للمشتري من جهته، فيرجع بالثمن، ويضمن المشتري قيمة الدار للمقرّ له إن كان قبضها، ويتقاصّان الثمن، ويترادّان الفضل.

وإن أخذها الشفيع بالبيع الثاني، تمّ البيع بينه وبين المقرّ له، فلا يرجع بالثمن على المقرّ له[1].

وكذا لو أخذها الشفيع بالبيع الأول بغير قضاء، لا يبطل البيع الثاني، لأن تراضيهما على ذلك في المقرّ له بمنزلة البيع المبتدأ.

وكذا لو سلّم المشتري الدار إلى المقرّ له، ثم حضر الشفيع، فإنه يأخذها، لأنه مقدّم على المشتري، فيكون مقدماً على المقرّ له، فإن أخذها الشفيع بقضاء قاض، يضمن المقرّ للمقرّ له قيمة الدار عند محمد، لأن الشفيع استحقها بحق متقدم على القبض، فانتقض التسليم، وصار كأن الشفيع أخذها من يد المشتري، وهناك يضمن المقرّ، فكذلك هنا.

فإن قيل: الشفيع أخذ الدار بحق سابق على قبض المشتري، فوجب أن ينتقض به قبض المشتري فلا يضمن.

قلنا: للشفيع أن ينقض كل تصرف باشره المشتري إلا القبض، ولهذا لو أراد أن ينقض قبض المشتري[2] حتى يأخذها من البائع، لتكون العهدة له على البائع، لا يمكن من ذلك، لأن القبض متمّم للبيع، فكما لا يملك نقض البيع، لا يملك نقض ما كان متمّما له، وإذا بقي قبض المشتري، كان ضامنا في قول محمد.

---

(١) انظر: «البحر الرائق» ٨/ ١٤٧، و«ردّ المحتار» ٥/ ١٤٧.

(٢) "المشتري" ساقط من (ج) و (د).

ولو اشترى الدار رجل غير الشاهد، وقبَضها، ثم باعها من الشاهد وسلم، ثم حضر الشفيع، كان له أن يأخذ بأيّ البيعين شاء، لما عرف.

فإن أخذها بالبيع الأول، انتقض البيع الثاني، ولا يضمن المقرّ قيمتها للمقرّ له في قول محمد، لأن القاضي حين قضى بالشفعة بالبيع الأول، نقَض قبض الشاهد، وردّها إلى المشتري الأول، والغاصب إذا ردّ المغصوب على مَن أخذ منه، برِئ عن الضمان.

وإن أخذها الشفيع بالعقد الثاني، ضمن المقرّ للمقرّ له قيمة الدار عند محمد، لأن قبض الشاهد قد تقرّر، فتقرّر سبب الضمان.

قال: رجل أسر العدوُّ عبدا له، فاشتراه رجل منهم، وأخرجه إلى دار الإسلام، فأقرّ هذا المشتري أنّ هذا العبد كان لفلان قبل الأسر، وصدّقه فلان في ذلك، وكذّبه المولى المعروف، فإن المولى المعروف أحقّ به[1]، ولا يصدّق المقرّ على إبطال حق المالك المعروف، لأن المولى المعروف مقدّم على المشتري، فيكون مقدما على من تلقّى الملك منه، ولا ضمان على المقرّ، لأنه إن كان صادقا فيما قال، فقد زال ملك المقرّ له بالأسر، وملكه المشتري، فلم يكن المشتري غاصبا لملكه، فلا يكون ضامنا

وإن قال المشتري: العبد كان لفلان، وإنه دبّره قبل أن يؤسر، وكذّبه المولى المعروف، فلا سبيل للمولى المعروف عليه، لأنه زعَم أن ملكه زال بالأسر، وملكه المشتري، فإذا أقرّ بما لا يحتمل النقض، نفَذ إقراره، كما لو دبّره بنفسه، فيبطل حق المالك القديم.

ثم ينظر إن صدّقه المقرّ له في ذلك، أخذه مدبّرا لتصادقهما على ذلك، وإن كذّبه في

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٥/ ١٦٤.

الملك والتدبير، فهو مدبّر موقوف، لا سبيل لأحد عليه، لأن المقرّ يزعم أنه مدبّر الغير، والمقرّ له يزعم أن المشتري ملكه، فإذا أقرّ بالتدبير، نفذ إقراره عليه، كأنه دبّره.

فإن مات المقرّ له عتق العبد، لأن المقرّ لو كان صادقا، فهو مدبّر مات مولاه، فيعتق، ولو كان كاذبا، ففي زعمه أن عتقه، كان معلقا بموت المقرّ له، وقد وجد الشرط فيعتق. وكذا إذا صدّقه المقرّ له في الملك، وكذّبه في التدبير، كان مدبرا موقوفا، لا سبيل لأحد عليه.

أما المولى المعروف، والمقرّ له، فلما قلنا: إن كل واحد منهما يزعم أنّ المشتري ملكه، وإقراره بالتدبير نفذ في حقه، كأنه باشره، وولاءه موقوف، لأن كل واحد منهما ينفي الولاء عن نفسه.

فإن عاد المقرّ له إلى تصديقه، أخذه مدبرا، لأن المشتري أقرّ له بالولاء، ولم يبطل ذلك بالتكذيب، لأن سبب الولاء لا يحتمل النقض، فيوقّف، فإذا رجع إلى تصديقه، صحّ تصديقه.

فإن جنى هذا العبد جنايةً قبل موت المقرّ له وقبل التصديق، فحكمُ جنايته موقوف في القياس، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله[1].

وفي الاستحسان وهو قولهما[2] يسعي في الأقل من قيمته، ومن أرش الجناية.

وجه الاستحسان: أن موجب جناية المدبر قيمته على المولى، وكسبه مال المولى،

---

(١) "رحمه الله" ساقط من (ج) و (د).

(٢) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "وهو صاحبيه"، وما أثبت أصح، أي قول صاحبيه أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

فإذا قضينا بموجب جنايته في كسبه، كان قضاء على المولى منهما أيهما كان.

وجه القياس: أنّ استيفاء الأرش من السعاية يعتمد صحة القضاء، وجهالة المقضي عليه تمنع صحة القضاء، فوجَب القول بالتوقف إلى أن يظهر المخاطب، فإن جنى عليه، فالأرش موقوف إلى أن يظهر المستحق.

فإن احتاج العبد إلى النفقة، ينفق عليه من أرش الجناية، لأنه مال مولاه، فإن لم يكن فمن كسبه، فإن لم يكن فمن بيت المال، فإن لم يكن يتصدق عليه كالحر المعسر، إذا عجز عن الكسب يتصدّق عليه.

وكذلك رجل اشترى عبدا شراء فاسدا، وقبضه، ثم أقرّ أنه عبد فلان قد دبّره، ينقطع حق البائع في الاسترداد[1]، لأنه أقرّ في ملكه بما لا يحتمل النقض، فنفذ عليه، كما لو أنشأ.

ثم ينظر: إن صدّقه فلان في الملك والتدبير، يأخذه مدبرا لتصادقهما عليه، وإن صدّقه في الملك، وكذّبه في التدبير، أخذه عبدا، بخلاف ما تقدم؛ لأن فيما تقدم لما كذّبه في التدبير يكون العبد مملوكا له في زعم المقرّ له، فينفذ إقراره في ملكه.

أما في البيع الفاسد المقرّ له يُنكر ملك المشتري، فإذا كذّبه في التدبير، صار مقرّاً بالتدبير في ملك الغير، فيبطل إقراره، وبقي عبدا[2].

والله أعلم بالصواب

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٥/ ١٧٥.

(٢) زاد في (ا) و (ب) هنا قوله: "فيأخذه عبدا".

باب العهدة في الشفعة على من تكون

بنى الباب على أصول:

منها: أنّ عهدة الشفيع تجب على من يسلم إليه الدار، ويأخذ منه الثمن، لأنه ملك منه الدار بعوض، فكان هو الملتزم للعهدة.

ومنها: أنّ البائع والمشتري لا يملكان إبطال حق الشفيع، ويملكان تحويل العهدة[1]، فيملك الشفيع إبطال بيع المشتري، ولا يملك إبطال قبضه، لأن حق الشفعة عُرف بخلاف القياس لدفع ضرر الدخيل، فيتحمّل فيه ضرر تحويل العهدة، ولا يتحمل فيه إلحاق ضرر الدخيل.

ومنها: أن حق[2] الشفيع لا يبطل بالفسوخ، ولا يتجدّد به إلا إذا كان بيعا في حق الشفيع.

أما لا يبطل بالفسوخ؛ لأنهما لا يملكان إبطال حق الشفيع، ولا يتجدّد به[3] لأن حق الشفعة عُرف نصا بخلاف القياس، والنص وردّ في البيع، والبيع تمليك المال بعوض بالتراضي، فلا يلحق به إلا ما كان في معناه، فكل فسخ لا ينفردّ به الرادّ يكون بيعا، وما

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٥/ ١٨٦.

(٢) انظر البحر الرائق ٨/ ١٤٧.

(٣) "ولا يتجدّد به" ساقط من (ج) و (د).

ينفردّ به الراد لا يكون بيعا .

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله :

رجل اشترى [1] دارا، وقبضها، ثم وجد بها عيبا، فردّها بقضاء، أو بغير قضاء قبل القبض، أو بخيار شرط، أو رؤية، ودفعها إلى البائع، ثم حضر الشفيع، كان للشفيع أن يأخذها من البائع .

أما له حق الأخذ؛ لأن حق الشفعة قد ثبت، فلا يبطل بفسخهما، ولكن يأخذها من البائع، وليس للشفيع أن يعيد الدار إلى المشتري، ويأخذها منه لتكون العهدة عليه، لما ذكرنا أنهما يملكان تحويل العهدة، فلا يجبر على التزام العهدة، وصار هذا كالبائع إذا سلّم الدار إلى المشتري، لم يكن للشفيع أن يعيدها إلى البائع، ويجبر البائع على التزام العهدة، كذلك هنا .

وإن ردّها بعيب بعد القبض بغير قضاء، ثم حضر الشفيع، كان له الخيار إن شاء أبطل الردّ، وأخذها بالبيع الأول من المشتري، وتكون العهدة على المشتري، وإن شاء أمضي الردّ، وأخذها من البائع، وتكون عهدته على البائع، لأن الردّ بالعيب بعد القبض بغير قضاء بمنزلة البيع المبتدأ في حق الشفيع، لوجود حد البيع وهو التمليك، والتملّك عن تراض .

ولو تبايعا بَيعا مبتدأ حقيقة، كان الشفيع بالخيار: إن شاء أخذها بالبيع الأول من المشتري، وينقض البيع الثاني، وإن شاء أخذها بحكم البيع الثاني من البائع، كذلك هنا .

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٥/ ١٦٧ .

والإقالة[1] بمنزلة الردّ بعيب بغير قضاء بعد القبض، لأنها بيع في حق الثالث، ولو أن البائع والمشتري لم يتفاسخا البيع بهذه الأسباب، لكن تصادقا أن البيع كان تلجئةً، أو كان بشرط الخيار للبائع أو المشتري أو لهما، ففسخا البيع بذلك السبب، وردّت على البائع، لم يبطل حق الشفيع، كذا ذكر هنا. وذكر في «الجامع» أنه لا شفعة للشفيع.

قيل: إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع، وضع المسألة في «الجامع» فيما[2] إذا تصادقا من الابتداء، أن البيع كان تلجئةً أو بشرط الخيار، لأنه لم يسبق منهما ما يكون إقرارا بحق الشفعة.

ووضع المسألة هنا فيما إذا أقرّا بالبيع أوّلا، وتجاحد الخيار أو التلجئة، ثم تصادقا عليه، لأنهما لو أقرّا بالبيع أوّلا، ثبت حق الشفعة، فلا يبطل بتصادقهما، ولا يصدّقان على إبطال حق الشفيع، فلا يبطل حق الشفيع، إلا أن العهدة هنا تكون على البائع دون المشتري.

بخلاف الردّ بالعيب بغير قضاء بعد القبض؛ لأن فسخهما بحكم تصادقهما على هذا الوجه لا يمكن أن يجعل بيعا مبتدأ في حق الثالث، لأنهما نفيا أصل البيع أو صفة اللزوم، فلا يمكن أن يجعل فسخهما بمنزلة البيع المبتدأ، فبقي مجردّ تحويل العهدة، لا بحكم عقد مبتدأ، فلا تبطل شفعة الشفيع[3] بهذا الفسخ، ولا تتجدّد، ويجعل هذا بمنزلة القسم الأول، وهو الفسخ بقضاء القاضي، بخلاف الإقالة، والردّ بالعيب بعد القبض

(١) انظر البحر الرائق ٨/ ١٤٩.

(٢) "فيما" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "الشفعة".

بغير قضاء.

ألا تري أن الشفيع لو كان سلم الشفعة، ثم ردّها المشتري بعيب بعد القبض بغير قضاء، أو تقايلا، تتجدّد شفعته، وهنا لا تتجدّدوا. وكذا لو كان البائع اشتراها من غيره، فردّها المشتري عليه بعيب بعد القبض بغير قضاء، أو بالإقالة، لم يكن للبائع أن يردّها على بائعه.

ولو تصادق البائع مع المشتري أن البيع الذي كان بينهما، كان بيع تلجئة، أو بشرط الخيار، وفسخا، كان للبائع أن يردّ على بائعه، ولا يجعل الفسخ بهذا السبب بمنزلة البيع المبتدأ، كذلك هنا.

وإن كان[1] الشفيع لم يسلّم الشفعة حتى ردّها البائع بالتلجئة، أو بخيار شرط، لكن المشتري لم يسلم الدار إلى البائع، فللشفيع أن يأخذها من المشتري، لأن الفسخ لا يتمّ إلا بالتسليم.

ألا ترى أنه لو حدث به عيب عند المشتري بعد الفسخ، كان للبائع أن يبطل الفسخ، ولا يقبل الدار، لأن المستحق هو الردّ كما قبض، فإذا تعيّب بعيب، كان للبائع[2] أن لا يقبل، وهذا الفسخ في حق الشفيع بمنزلة العدم.

ولو كان المشتري ردّ الدار بعيب بعد القبض بغير قضاء، ولم يسلمها إلى البائع، فجاء الشفيع، يُشترط حضرة البائع والمشتري لما ذكرنا، والعهدة تكون على المشتري، لأنه كبائع لم يسلم، وكذا لو اختار الشفيع، أخذها بالعقد الأول، لأن الردّ بمنزلة البيع المبتدأ،

(١) انظر «ردّ المحتار» ٥/ ١٥١.

(٢) في (ج) و (د): "كان له".

فلا ينقض إلا بحضرة البائع، هذا إذا أقرّ الشفيع بردّ الدار بالعيب.

وإن أنكر الشفيع ذلك، وأبى أن يكون حضرة البائع شرطا، كان القول قوله، لأن حق الأخذ بغير حَضرة البائع كان ثابتا له، فإذا أنكر ما يُبطله كان القول قوله، فإن أراد المشتري أن يقيم البينة علىٰ ما ادّعى من القبض، لا يقبل؛ لأنه قضاء على البائع عند غيبته.

رجل اشترى دارا بعبد، وقبض الدار، ولم يدفع العبد حتى حضر الشفيع، كان للشفيع[1] أن يأخذ الدار بقيمة العبد، لأن الشفيع [إنما][2] يأخذ بمثل ما قام على المشتري، إن كان الثمن من ذوات الأمثال، وإن لم يكن، يأخذ بقيمة الثمن، وتقوم القيمة مقامه، كما في ضمان المتلفات.

فإن لم يحضر الشفيع حتى مات العبد عند المشتري، أو ردّ الدار بعيب بقضاء قاض، أو بخيار شرط، فالشفيع على شفعته؛ لما قلنا إن فسخ البيع لا يبطل حق الشفعة، فإن كان سلم الدار إلى البائع، فالعهدة على البائع، وإلا فعلى المشتري.

ويشترط حضرة البائع، لأن الدار عادت إلى ملك البائع بعد القبض، فقام البائع مقام المشتري في الابتداء، ولو كان سلمها إلى البائع، كان البائع خصما، ولا يشترط حضرة المشتري.

- والله أعلم -

---

(١) في (ج) و (د): "كان له".

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

باب في الشفعة التي يأخذها كلّها والتي لا يأخذها والصرف والثمر بالثمر

في الباب فصول ثلاثة: فصل في الشفعة، وفصل في الوكالة، وفصل في المالك القديم.

أما فصل الشفعة، فهو على وجوه أربعة:

أحدها: أن يشتري أرضا ونخلا بألف، فأثمرت قبل القبض.

والثاني: إذا اشترى أرضا ونخلا بتمر، فأثمرت قبل القبض.

والثالث: إذا أثمرت بعد القبض.

والرابع: إذا اشترى دارا بعبد.

والأصل فيه: أنّ أخذ الشفيع بالشفعة ابتداء تملّك بعوض، فيراعى فيه أحكام المبادلة[1]، ولهذا يثبت فيه خيار الرؤية، والشرط، والرجوع بالثمن عند الاستحقاق.

وأخذُ المالك القديم ملكَه من المتملّك من العدوّ لا يعتبر مبادلة، لأنه ليس بتملك

(١) ذكر في «الفتاوى الهندية» عند بيان صفة الشفعة أن الأخذ بالشفعة بمنزلة شراء مبتداء فكل ما ثبت للمشتري من غير شرط نحو الرد بخيار الرؤية يثبت للشفيع، وما لا يثبت للمشتري إلا بالشرط، لا يثبت للشفيع إلا بالشرط. «الفتاوى الهندية» ٥/ ١٦١.

ابتداء، بل هو أخذ قديم ملكه، وما يعطى من المال فداء، وليس بعوض، كالفداء من الجناية وجعل الآبق، فلا يجعل مبادلة.

وأصل آخر: أنّ الشفعة تثبت في المنقول ما دام تبعا للأرض[١]، حتى تثبت في البناء، والسُرر المركبة ونحوها، لأن البيع يُعطى له حكم أصله، لا حكم نفسه.

وأصل آخر: أنّ الشفيع إنما يأخذ الدارَ بالشفعة بتحوُّل الصفقة إليه على الصفة التي كانت في حقّ المشتري: إن كانت مجتمعةً تتحوّل إليه مجتمعة، حتى لا يملك التفريق، وإن كانت متفرقةً في حق المشتري، تتحول إليه بتلك الصفة، لأن الشفيع يقوم مقام المشتري بطريق التقدّم عليه.

وأصل آخر: أنّ الملك مع الضمان إذا اجتمعا، يطيب الربح، وإن انعدم أحدهما لا يطيب.

أما إذا انعدم الضمان؛ لنهي النبي عليه السلام عن ربحِ ما لم يُضْمَنْ[٢]، وأما إذا

---

(١) «ردّ المحتار» ٥/ ١٥٠، و١٣٧، و٤/ ٤٢١، و«الفتاوى الهندية» ٥/ ١٦٠.

(٢) أخرجه النسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سلَف وبيع، وعن شرطين في بيع واحد، وعن بيع ماليس عندك، وعن ربح ما لم يُضمَن». كتاب البيوع، باب شرطان في بيع، الحديث ٤٦٤٥، وأخرجه في الكتاب نفسه في باب سلف وبيع، الحديث ٤٦٤٣، وأخرجه في باب شرطان في بيع، عن عبد الله بن عمروَ بلفظ: قال رسول الله ﷺ: «يحلّ سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن».
وأخرجه أبوداود في البيوع والإجارات، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، الحديث ٣٤٠٥.
وأخرجه الترمذي في البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، الحديث ١٢٣٤.
وأخرجه ابن ماجه مختصرا في التجارات، باب النهي عن بيع ماليس عندك وعن ربح ما لم

انعدم الملك، فكذلك في قول أبي حنيفة ومحمد، لأن أثر الملك فوق أثر الضمان.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل اشترى أرضا فيها نخيل بألف درهم، ولم يقبضها حتى أثمرت النخيل، ثم حضر الشفيع، فللشفيع[1] أن يأخذ الكلّ بالثمن[2]، لأن الشفيع[3] قام مقام المشتري فيما ملكه المشتري بالعقد السابق، والمشتري ملك الثمر بالعقد السابق، لأنه متولّد من المبيع، حتى لو قبضها المشتري، كان له قسط من الثمن، فيأخذه الشفيع أيضا، وتكون عهدته على البائع لما قلنا.

وليس للبائع والمشتري أن يمنعا عنه الثمر، ولا للشفيع[4] أن يدعَ الثمر، ويأخذ الأرض والنخل؛ لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام[5].

فإن لم يحضر الشفيع حتى جَدّ البائع[6] الثمرَ، فإن الشفيع[7] يأخذ الأرض

يضمن، الحديث ٢١٨٨.

(١) في (ج) و (د): "فله".

(٢) وهذا استحسان لأن القياس أن لا يكون له أخذ الثمرة لعدم التبيعية كالمتاع الموضوع فيها ووجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار. انظر «ردّ المحتار» ٥/ ١٤٩.

(٣) في (ج) و (د): "لأنه".

(٤) في (ج) و (د): "له".

(٥) «ردّ المحتار» ٥/ ١٤٩.

(٦) قوله: "جَدّ البائع"، "البائع" هنا ليس بقيد، بل الحكم سواء لكل من المشتري والبائع والأجنبي، صرّح به العلامة ابن عابدين نقلا عن غاية البيان. انظر «ردّ المحتار» ٥/ ١٤٩.

(٧) في (ج) و (د): "فإنه".

والنخل بحصتهما من الثمن، ولا يأخذ الثمر[1]، بخلاف ما قبل الجداد[2]، لأن الثمر نقلي، ولا شفعة في النقلي، إلا أنه ما دام متصلا بالشجر كان تبعا، فإذا انفصل صار أصلا، فلا يبقى له حق الأخذ بمنزلة البناء ونحوه[3]. يقسّم الثمن على قيمة الأرض والنخل والثمر المجدود، فما أصاب الثمر يحطّ عن الشفيع[4].

ولا يقال: بأن الشفيع يتملّك بما يتملّك به المشتري، والمشتري يملك الأرض والنخل بجميع الثمن، لأن الثمر لم يكن موجودا وقت العقد، فكذلك الشفيع وجب أن يتملكها بجميع الثمن، ولا يحطّ عنه شيء من الثمن لأجل الثمر.

لأنا نقول: بلى! الشفيع يتملّك بما يتملّك به المشتري، لكن عند قبض المشتري، وفيما[5] إذا أثمر النخيل عند البائع، فجدّها ثم حضر المشتري، فإنه يأخذ النخل والأرض والثمر المجدود، ويقسّم الثمن على الكل، ويصير متملكا الأرض والنخل بحصتهما من الثمن، فكذلك الشفيع، إلا أن المشتري يأخذ الثمن المجدود، والشفيع لا يأخذ؛ لما قلنا إنه صار نقليا.

---

(١) «ردّ المحتار» ٥/ ١٤٩.

(٢) جَدَّ الشيءَ، جَدًّا، من باب قتل، قَطعَه، فهو جديد، فعيل بمعنى مفعول، وهذا زمن الجِداد والجَداد، وأجدّ النخلُ، حان جِداده وهو قطعُه. ونقل ابن عابدين عن الزيلعي بأن الجذاذ، بالذال عامّ في قطع الثمار، وبالمهملة خاص بالنخيل. «ردّ المحتار» ٥/ ١٤٩ و «المصباح المنير» ١/ ٩٢.

(٣) بالانفصال تزول التبعية للعقار، فتسقط الشفعة. انظر «ردّ المحتار» ٥/ ١٤٩.

(٤) «ردّ المحتار» ٥/ ١٤٩.

(٥) في (ج) و (د): وقبله إذا أثمر.

هذا إذا أخذ البائع، فإن سقطت الثمار بآفة سماوية، وهلكت، ثم حضر الشفيع، فإنه يأخذ الأرض والنخيل بجميع الثمن[1]، لأن الثمر الحادث مبيع تبعا، فلا يأخذ قسطا من الثمن ما لم يصر أصلا بالقبض أو بالمنع، ولهذا لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري في هذه الصورة، فكذلك عن الشفيع.

وروى ابن سماعة في «النوادر» عن محمد: رجل اشترى نخلا فيه ثمر مثمرة، وأصله، فجدّ الثمر، ثم حضر الشفيع، فإنه يأخذ النخل بحصته من الثمن، يقوّم النخل وفيه الثمر، ويقوّم ولا ثمر فيه، فيأخذ النخل بحصته من الثمن، ويجعل الثمر صفة للنخيل باعتبار القيام بمنزلة الصبغ في الثوب.

وكذلك لو اشترى أرضا مبذورة، فنبت الزرع، وحصده المشتري، ثم حضر الشفيع، فإنه يأخذ الأرض بحصتها من الثمن، تقوّم الأرض مبذورة وغير مبذورة، فيأخذ الأرض بحصتها، هذا الذي ذكرنا إذا اشترى الأرض بالدراهم أو الدنانير.

فإن اشترى بعشرة أكرار تمر دَقَل[2] وسط بعينه أو بغير عينه، فأثمرت قبل قبض المشتري، فهو على وجوه ثلاثة:

أمّا[3] إن كان الثمر الحادث بحال لو قسّم التمر الثمن على الأرض والنخل والثمن الحادث، أصاب الثمر الحادث مثل كيله من التمر الثمن، أو أصابه من الثمن أقل منه أو أكثر.

---

(١) «ردّ المحتار» ٥/ ١٤٩.

(٢) "الدَقَل" بفتحتين: أردأ التمر، الواحدة: دقلة. «المصباح المنير» ١/ ١٩٧.

(٣) "أمّا" ساقط من (ج) و (د).

فإن أصاب الثمر الحادث مثل قدره من الثمن أخذه المشتري، ولا يتصدّق بشيء لانعدام شبهة الربا، وإن أصاب الثمر الحادث من الثمن، أقل منه أو أكثر، لا يفسد البيع، لأنه لو فسد إنما يفسد لمكان الربا.

و"الربا": «فضلُ مالٍ خالٍ عن العوض المشروط في عقد المعاوضة»[1]، والثمن الحادث ما كان مشروطا في العقد، فلم يكن ربا، إلا أنه يتصدق بالفضل، لأنه ربح حصل في ضمان الغير، ولأن القبض بحكم العقد له شبه بالعقد.

ولو كان الثمر موجودا وقت العقد، فاشترى بتمر، لو قسّم الثمن على الكل، كانت حِصة الثمر من الثمن أقلّ من وزنه أو أكثر، يفسد العقد، ويكون ربا، فإذا وجد القبض بحكم العقد، ولم يوجد المبيع، ثبتت شبهة الربا، فيظهر ذلك في حق التصدق، لا في فساد العقد. هذا كما لو اشترى ألفا بألفين لا يجوز.

ولو اشترى عبدا يساوي ألفين بألف درهم[2]، فقتله إنسان خطأ، وغرم ألفي درهم، فإن المشتري يأخذ القيمة بألف درهم، ويتصدّق بالفضل، ولا يفسد العقد، كذلك هنا. فإن وجد المشتري بذلك عيبا، يردّه بالثمن، ويتصدّق البائع بالفضل، لأنه ربح حصل في ملك الغير.

---

(١) وعرّف صاحب الكنز «الربا»: "هو فضل مال بلاعوض في معاوضة مال بمال"، وعرّفه التمرتاشي في «تنوير الأبصار»: "فضلٌ خالٍ عن عوض بمعيار شرعي مشروط لأحد المتعاقدين في المعاوضة"، و اختار هذا التعريف عبد الغني الميداني في «اللباب بشرح الكتاب» ١/ ٢٢١، وانظر «تبيين الحقائق» ٤/ ٨٥، «ردّ المحتار» ٥/ ١٦٨، «الفتاوى الهندية» ٣/ ١١٧.

(٢) "درهم" ساقط من (ج) و (د).

فإن لم يقبض المشتري حتى حضر الشفيع، كان للشفيع أن يأخذ الكل، لما ذكرنا أن الثمر ما دام متصلا كان للشفيع أن يأخذ، ويقسم الثمن على الأرض والنخل والثمر الحادث.

فإن كانت حصة التمر الحادث من الثمن مثل الثمر الحادث، أخذ الكل بالثمن لانعدام المانع، وإن كانت حصة الثمر الحادث من التمر الثمن أقل من الثمر الحادث أو أكثر، أخذ الشفيع الأرض والنخل بحصتهما من التمر الثمن، ويأخذ الثمر بقيمة حصته من التمر الثمن، ولا يأخذ بعين التمر، لأن الأخذ بالشفعة تملّك مبتدأ كأنه يشتريها الآن.

ولو اشترى الكل بالتمر، وحصة الثمر الحادث أقل من الثمن أو أكثر، يكون ربا، فإذا تعذّر الأخذ بعين التمر، يأخذه بقيمته، كما لو كان التمر رطبا، فحضر الشفيع بعد ما انقطع أوانه، فإنه يأخذ بقيمة الرطب.

ولا يقال: إذا كانت حصة الثمر الحادث من التمر الثمن، أكثر من الثمر الحادث أو أقل، أمكنه الأخذ بعين التمر، بأن يجعل بمقابلة الثمر مثله، ويجعل الباقي بإزاء النخيل والأرض، فينبغي أن يأخذ بعين التمر.

لأنا نقول: لا وجه إلى هذا، لأن الشفيع إنما يتملك بمثل الثمن الذي قام على المشتري، والمشتري يملك كل شيء من هذه الأشياء بحصته، فلا يجوز تغييره.

فإن كان القاضي قضى بالشفعة للشفيع[1] بعشرة أكرار تمر، ولم يقبض الشفيع حتى أثمرت النخيل عشرة أكرار تمر، فإنه يأخذ الكل بعشرة أكرار تمر، ويتصدق بالفضل، فحال الشفيع هنا كحال المشتري فيما تقدم؛ لأن الشفيع ملك الأرض والنخيل بقضاء

(١) "للشفيع" ساقط من (ج) و (د).

القاضي، كما ملك المشتري بالبيع.

واستوضح هذا بالنصراني إذا اشترى من نصرانيّ دارا بخمر، ولها شفيع نصراني، فإن الشفيع يأخذها بخمر مثلها، فإن أسلم الشفيع أو البائع، لا تبطل شفعته، لكن يأخذها بقيمة الخمر، لأنه عجز عن الأخذ[1] بعين الخمر، فيأخذها بقيمة الخمر.

أراد بذلك أنه إذا تعذّر الأخذ بالشفعة بمثل الثمن، لا تبطل شفعته، لكن يتحوّل الثمن إلى قيمته، كذلك هنا يتحول ثمن الثمار في حق الشفيع.

ولو اشترى أرضا ونخلا بعشرة أكرار تمر برنيّ وسَط، وقبض المشتري، ثم أثمرت النخيل أكرارا من التمر، فذلك يطيب للمشتري، سواء كانت حصة الثمر من التمر مثله أو أقل أو أكثر، لأن الثمر الحادث بعد القبض لا حصة له من الثمن، فإنه ربح حصل في ضمانه، فلا يتمكّن فيه شبهة الربا.

فإن حضر الشفيع أخذ الكل، لأن الثمر ما دام متصلا كان تبعا، فيأخذ الكل، ويقسّم الثمن على الكل على التفسير الذي ذكرنا، ويأخذ الثمر الحادث قسطا من الثمن، وإن لم يكن له قسط من الثمن في حق البائع والمشتري، لأن أخذ الشفيع تملّك مبتدأ بتحوّل الصفقة إليه.

ولو أن المشتري جدّ الثمار، ثم حضر الشفيع، فإنه يأخذ الأرض والنخيل بالثمن، ولا يأخذ الثمر المجدود[2]، لأنه نقلي، ولا يحطّ شيء من الثمن، لأن الثمر حدث بعد القبض، ولم يردّ عليه ماله شبه بالعقد، فلا يقابله شيء من الثمن، ويكون طيبا

---

(١) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "بالأخذ"، وما ثبت أولى.

(٢) «ردّ المحتار» ٥/ ١٤٩.

للمشتري، لأنه حصل في ملكه وضمانه.

فإن كان الثمر في النخل يوم القضاء بالشفعة برا أو رطبا، فكذلك الجواب، يقسّم الثمن على الكل.

فإن كانت حصة الثمر الحادث من الثمن أقل منه أو أكثر، يأخذه بقيمته على الوجه الذي ذكرنا، لأن الربا يجري بين التمر والرطب والبر وجميع أنواع التمر، والاحتراز عن الربا واجب.

وإن كان في النخل كُفَرّي[1]، يأخذ الكل بالتمر المسمى في جميع الأحوال، لأن الربا لا يجري بين الكُفَرّي وأنواع التمر، لأن الكفري عدديّ، والتمر كيليّ أو وزنيّ.

ولو كان المشتري باع الثمر على النخيل، ثم حضر الشفيع، كان له أن يأخذ الكل، وينقض بيع المشتري، لأن الثمر ما دام متصلا كان حقا للشفيع، وحق الشفيع مقدم على حق المشتري، فكان له أن ينقض تصرف المشتري.

فإن قال الشفيع: أنا آخذ الأرض والنخل بحصتهما من الثمن، ولا آخذ الثمن، لم يكن له ذلك، لأن الشرع جعله بسبيل من أخذ الكل، فلا يملك التفريق[2]، مع إمكان الجمع بنقض البيع الثاني.

كما لو اشترى دارا بألف درهم، وقبض، ثم باع نصفها بخمسين دينارا، ثم حضر الشفيع، فأراد أن يأخذ النصف الذي باع بخمسين دينارا، والنصف الباقي بخمسمائة

(١) "الكُفَرّي": بضمّ الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء، والكافور: كِمّ النخل، لأنه يستر ما في جوفه. «المغرب» ٢/ ٢٢٥. «المصباح المنير» ٢/ ٥٣٥.

(٢) أي: تفريق الصفقة، انظر «ردّ المحتار» ٥/ ١٤٩.

درهم، أو أراد أن يأخذ النصف الباقي لا غير بخمسمائة درهم، ليس له ذلك؛ لما فيه من تفريق الصفقة مع إمكان الجمع[1]، بأن ينقض البيع الثاني، ويأخذ الكل بالبيع الأول.

ولو أراد أن يأخذ النصف الذي باع لا غيز بخمسين دينارا، كان له ذلك؛ لأنه أخذ كل المبيع في العقد الثاني، وكذا لو لم يبع نصفها، لكنه وهب بيتا معيّنا، فأراد أن يأخذ الباقي بخمسمائة درهم، ليس له ذلك، بل يأخذ الكل، وينقض الهبة في البيت.

فإن قيل: الشفيع إنما لا يملك التفريق لحق المشتري، والمشتري رضي بالتفريق حين باع الثمر.

قيل له: بلى! المشتري رضي بالتفريق فيما بينه وبين المشتري الثاني، لا فيما بينه وبين الشفيع، فإن لم يقض القاضي بالشفعة حتى جدّ المشتري الثاني الثمار، انقطع حق الشفيع عن الثمار، ويأخذ الأرض والنخل، [ولا يأخذ الثمار][2]، ولا يحطّ شيء من الثمن، لما قلنا فيما إذا جدّه المشتري الأول.

وروي ابن سماعة عن محمد: رجل اشترى نخلة بثمرها، وموضعها من الأرض، ثم جدّ البائع الثمر، والجداد لا يضرّ بواحد منهما، فإن المشتري يقبضهما جميعا، ولا يخيّر، لأن الجداد إذا كان لا يضرّ، لم يكن ذلك عيبا، فلا يخيّر المشتري.

فإن قبضهما المشتري، ثم وجد بأحدهما عيبا، فإنه يردّ المعيب خاصة[3]؛ لأنه قبضهما متفرقا، فردّ أحدهما لا يوجب تفريق الصفقة. ولو قبضهما قبل الجداد، ثم جدّ

---

(١) انظر «ردّ المحتار» ٥/ ١٥١.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) انظر البحر الرائق ٨/ ١٥٠.

المشتري، والجداد لا يضر بأحدهما، ثم وجد بأحدهما عيبا، فإنه يأخذهما أو يردّهما، لأنه اشتراهما جملةً، وقبَضَهما جملةً، فكانا كشيء واحد، فردّ البعض يكون تفريقا للصفقة.

وبمثله لو اشترى خاتَما فيه فصّ وقبضه، ثم نزع الفصّ، وهو لا يضر بأحدهما، ثم وجد بأحدهما عيبا، له أن يردّه بحصته من الثمن، بخلاف الثمر، لأن اتصال الفص بالخاتم اتصال عارضي، فإذا زال صار كأن لم يكن، بخلاف الثمر، لأنه اتصال أصليّ؛ ولأن في مسألة الفص الصفقة وقعت متفرقة، فإن البيع في الخاتم وقع صَرفا، يشترط قبض بدله في المجلس، وفي الفصّ ليس بصرف.

ولو اشترى دارا، وبناها، ثم حضر الشفيع، فللشفيع[1] أن ينقض البناء، ويأخذ الدار بالشفعة، لأن المشتري بنى في حق الشفيع، فينقض تصرفه لحق الشفيع، كما لو باع أو وهب، كان للشفيع أن ينقض بيعه وهبته.

وعن أبي يوسف في رواية: يخيّر الشفيع: إن شاء أخذ الكل بالثمن وقيمة البناء، وإن شاء ترك، وهكذا روي عن محمد، وهو قول الشافعي.

وكذا لو اشترى أرضا فزرعها، أخذها الشفيع بالثمن وقيمة الزرع، وفي ظاهر الرواية: يأخذ الأرض، ويترك الزرع فيه، إلى أن يدرك بأجر المثل، وفي القياس: يقلع.

والوجه الرابع من فصل الشفعة:

إذا اشترى دارا بعبد، فإن الشفيع يأخذها بقيمة العبد، لأن مثل العبد قيمته، فإن أخذها من المشتري سلّم العبد للبائع، وإن أخذها من البائع بقيمة العبد، بقي العبد

---

(١) في (ج) و (ذ): "فله".

للمشتري[1]، ويكون قيمة العبد بدلا عن الدار، لا عن العبد حتى لو أراد الشفيع أن يبيع الدار مرابحةً، يبيعها مرابحة على ما أعطى من قيمة العبد، فإن كان في الدار صَفائح[2] فضّة، أو سَلا سل فضة، أو كان ذلك في سقوفها، فإن كانت قيمة العبد بحيث لو قسّمت، أصاب الصفائح والسلا سل مثل وزنها، فالقاضي بالخيار إن شاء قضى بقيمة العبد من الدراهم أو من الدنانير.

وإن كانت قيمة العبد بحيث لو قسّمت أصاب الصفائح والسلا سل أقلّ من وزنها أو أكثر من وزنها، فإن القاضي يقضي فيما يخصّ الصفائح والسلا سل من خلا ف جنسها، وفي الباقي بالخيار: إن شاء قضى بالدراهم، وإن شاء قضى بالدنانير.

ويختار ما هو الأيسر للشفيع، لأن حق الشفعة شُرع نظرا له، فيختار الأيسر في حق الشفيع[3] تحقيقا لمعنى النظر، بخلا ف ما لو قضى على الغاصب بقيمة المغصوب، فإنه لا يختار الأيسر في حق الغاصب؛ لأنه جانٍ، والجاني لا يستحق النظر.

وإن كان في الدار صفائح ذهب وفضة جميعا، قضى في حصة[4] الفضة بالذهب، وفي حصة الذهب بالفضة تحرّزا عن الربا، وهو في حصة الباقي بالخيار، يقضي بأي نوع شاء، إلا أنه يختار ما هو الأيسر للشفيع.

---

(١) في (ج) و (د): "للمشترين".

(٢) "صَفائح": جمع صفيحة، اللوح، وكلّ شيء عريض، والمراد بها قِطع عريض من الذهب والفضة. «المصباح المنير» ١/ ٣٤٢. «المغرب»

(٣) في (ج) و (د): "حقه".

(٤) في (ج) و (د): "حق".

فإن قيل: وجب أن يُصرف إلى الصفائح والسلاسل مثلها، ويصرف ما وراء ذلك إلى الباقي.

قلنا: لا وجه لذلك، لأن الشفيع[1] إنما يتملّك على المأخوذ منه بقدر البدل الذي قام على المشتري من غير زيادة ولا نقصان، فلا يتمكّن من تغييره.

ولا يقال بأن الصفائح والسلاسل تَبعٌ لا يقابلها البدل، فإيجاب القيمة من جنسها لا يؤدي إلى الربا.

لأنا نقول: الذهب والفضة لا يجعل تبعا بحال ما، ألا ترى أن في الثوب المنسوج بالذهب والسيف المحلّي، إذا بيع بجنسه، كان بعض الثمن بمقابلة الحلية والذهب، حتى يحتاط فيه، ويثبت حكم الصرف، كذلك هنا.

فإن قضى القاضي بالشفعة للشفيع، لا ينبغي للشفيع أن يفارقه قبل أن ينقد حصة الذهب والفضة، لأنه تملّك مبتدأ، فيراعى فيه أحكام الصرف.

فإن افترقا قبل التقابض بطل قضاء القاضي[2]، لأن القضاء بطل في الفضة، فبطل في الباقي، لأن القضاء بالشفعة لا يحتمل التجزّي ثبوتاً وبقاءً.

فرّق بين هذا، وبين ما لو غصب من آخر مدهن فضة، قيمته لصياغته أكثر من وزنه، فانكسر عنده، فإن القاضي يقضي بقيمته من خلاف جنسه إظهارا للجودة، فإن افترقا قبل قبض القيمة، لا يبطل ذلك[3] القضاء، ولا يشترط قبضها في المجلس، ويجوز تأجيلها

(١) في (ج) و (د): "لا وجه إليه، لأنه إنما".

(٢) في (ج) و (د): "القضاء".

(٣) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

عندنا، خلا فا لزفر.

والفرق: أن أخذ الشفيع بالشفعة تملّك قصديّ ببدل، فكان صرفا، فيراعى فيه شرائط الصرف، أما في مسألة[1] الغصب: الواجب ضمان خلا فه، ولو تحقّق بينهما مبادلة، فهي مبادلة ضرورية، فلا يراعى فيه شرائط الصرف.

ألا تري أنّ من غصب من أحد[2] كرّا فابتلّت، وصارت عنده كرا وثلث كر، فإن الغاصب[3] يضمن كرا، ويصير المغصوب ملكا له بالضمان، فملك كرا وثلث كر، يطيب له قدر الكر، ويتصدّق بالفضل، ولا يجب الاحتراز عن الربا، ولا يجوز ذلك في المبادلة، لأن الملك في المغصوب إنما يثبت من وقت الغصب، ووقت الغصب كان المغصوب كرا، ولهذا قلنا: إنّ الغاصب إذا باع المغصوب ثم ضمن، نفذ بيعه، والشفيع إذا باع قبل الأخذ بالشفعة، ثمّ أخذها، لا ينفذ بيعه.

وإذا بطل القضاء بالا فتراق من غير قبض في مسألة الشفعة، لا يبطل حق الشفعة، لأن حقه ما ثبت بالقضاء حتى يبطل ببطلا نه القضاء[4]، بل كان ثابتا، فيبقى إلى أن يبطله.

وإذا ترافعا الأمر إلى القاضي بعد ذلك، فالقاضي يقضي له بالشفعة، بخلا ف ما لو

---

(١) "مسألة" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "الحر".

(٣) في (ج) و (د): "فإنه".

(٤) "القضاء" ساقط من (ج) و (د).

تناقضا القضاء قصدا، فإنه يبطل حق الشفعة[1]، لأن قضاء القاضي بمنزلة البيع الجديد، فإذا أبطله الشفيع باختياره، بطل، ويجعل ذلك بمنزلة الإقالة.

أما الافتراق من غير قبض، قد يكون من جانب صاحبه، فلا يجعل ذلك مبطلا لحق الشفعة إذا كان ذلك يتحقّق، ويتمّ بدون رضاه في الجملة.

فرّق بين هذا وبين ما إذا اشترى عبدا بإبريق فضة، وتقابضا، فمات العبد، ثم وجد بالإبريق عيبا فردّه، فإن القاضي يقضي له بقيمة العبد، إن شاء من الدراهم، وإن شاء من الدنانير، سواء كانت قيمة العبد أقلّ من وزن الإبريق أو أكثر، سواء كان الردّ بقضاء أو بإقالة، بخلاف فصل[2] الشفعة.

والفرق: أنّ قيمة العبد[3] هنا وجبت بدلا عن العبد، لا عن الإبريق، لأنه لما ردّ الإبريق وجب عليه ردّ العبد، وقد عجز عن ردّه بحكم الهلاك، فكان عليه قيمته، ولهذا لو أراد بائع الإبريق أن يبيع الإبريقَ مرابحةً على قيمة العبد، لا يجوز، بخلاف الشفيع؛ لأنه تملك مبتدأ، فيجب الاحتراز عن الربا.

ثم أوضَح فصلَ الشفعة: بما لو اشترى نصراني من نصراني دارا بخمر، وشفيعها نصراني، فقضى القاضي[4] له بالشفعة بالخمر، ثم أسلم الشفيع قبل أن يأخذها، فإنه لا تبطل شفعته، ويبطل القضاء، فكذلك الافتراق في مسألة الصرف، يبطل قضاء القاضي

---

(١) في (ج) و (د): "الشفيع".

(٢) "فصل" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "القيمة".

(٤) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

بالشفعة، ولا تبطل الشفعة.

وأما فصل الوكالة:

رجل وكّل[1] رجلا بأن يشتري له دارا بعينها، بعبد بعينه للمأمور، ففعل المأمور، فعلى الآمر قيمة العبد للمأمور، والدار للآمر؛ لأن الآمر أمره بأن يشتري الدار له بالعبد، فيتضمّن ذلك تمليك العبد من الآمر، ولذلك طريقان: أحدهما الهبة، والآخر الإقراض، والقرض أدناهما ضررا، فيحمل عليه، وإقراض الحيوان فاسد إذا كان قصدا.

أما إذا ثبت ضمنا لتصرف آخر فلا، وهنا ثبت ضمنا للمشتري، وقد عرف تمام هذا في أبواب النكاح، والقاضي بالخيار: إن شاء قضى بالقيمة من الدراهم، أو من الدنانير، وإن كان في الدار صفائح ذهب أو فضة، لأن قيمة العبد هنا بدل عن العبد، لا عن الدار.

ولهذا لو أراد الآمر أن يبيع الدارَ مرابحةً على ما أعطى من قيمة العبد لا يجوز، لأنه تملكُ الدارَ بالعبد لا بقيمته، بخلاف الشفيع؛ لأن الشفيع ملَك الدار بقيمة العبد، فلهذا يجب الاحتراز عن الربا ثمّة، ولا يجب هنا.

رجلان لكل واحد منهما دار، وهما متلازمان، فتبايعا إحدى الدارين بالأخرى، كانت الشفعة للجيران، لا للبائع والمشتري، أما لا شفعة للبائع فيما اشترى، لأنه زال ملكه في [حق][2] الدار التي يستحق بها الشفعة، وزوال ما يستحق به الشفعة يُبطل حق[3]

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٥/ ١٩٠.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) "حق" ساقط من (ج) و (د).

الشفعة، [وأما لا شفعة له فيما باع، لأن من باع، أو بيع له فلا شفعة له][1].

ولو كانت الداران[2] بين رجلين، فباع كل واحد منهما نصيبَه من هذه الدار بنصيب صاحبه من الدار الأخرى، فلا شفعة للجيران؛ لأن كل واحد منهما في النصف الذي اشترى شفيعٌ بالنصف الذي كأن له مِن هذه الدار، فما استحقّ به الشفعة هنا باقٍ على ملكه، ولا شفعة للجار مع الشريك.

وأما الفصل الثالث وهو فصل المالك القديم:

قال: رجل له إبريق فضةٍ وزنه مائة مثقال، وقيمته لجودته وصياغته أكثر من وزنه، فغلب عليه المشركون، وأحرزوه بدارهم، ثم استولى عليه المسلمون، وأحرزوه بدارهم، فإن وجده المالك القديم قبل القسمة، أخذه بغير شيء لنصّ ورَد فيه، وإن وجده بعد القسمة، أخذه بالقيمة من خلاف جنسه.

وكذا لو وهَبه العدوّ من مسلم، وأخرجه إلى دار الإسلام، فإنّ المالك القديم يأخذه بقيمته من خلاف جنسه إظهارا للجودة، فإن قضى القاضي على المالك القديم بالقيمة من خلاف جنسه، وافترَقا من غير قبض، لم يبطل ذلك[3] القضاء، وكذا لو اصطلحا على القيمة، ثم افترقا من غير قبض، لا يبطل الصلح بخلاف الشفعة.

والفرق: أن أخذ المالك القديم معاداة، وإعادة لقديم ملكه، وليس بشراء في حقه.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "الدارين".

(٣) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

ألا تري أن المالك القديم[1] لو كان اشتراه من أحد قبل أخذ الكفار، فوجد به عيبا، كان له أن يردّه على بائعه، ولو كان عنده بهبة كان للواهب أن يرجع في الهبة، ولو كان عليه جناية أو دين، أخذ بجميع ذلك.

ولو كان المالك القديم اشتراه قبل الأسر، وباعه[2] مرابحةً على الثمن الأول. ألا ترى أنّ المالك القديم لا ينقض تصرفات المتملك من العدوّ، ولو كان أخذه معاوضةً، كان له أن ينقض تصرفات المتملك من العدو، كالشفيع ينقض تصرفات المشتري.

وإذا كان أخذه مفاداة، ولم يكن بيعا، لا يراعى فيه القبض في المجلس بخلا ف الأخذ بالشفعة.

ولا يقال: إذا لم يكن أخذ المالك القديم تملكا مبتدأ ومعاوضة، لماذا يقضي القاضي بقيمته من خلا ف جنسه؟

لأنا نقول: إنما يقضي بقيمته من خلا ف جنسه إظهارا للجودة، ولهذا قلنا في فصل[3] الغصب: يضمن قيمته من خلا ف جنسه إظهارا للجودة. وإن اشتراه رجل منهم، فإن المالك القديم يأخذه بمثل ذلك الثمن إن كان مثليا، وإن اشتراه مسلم منهم بخمر أو خنزير، أخذه المالك القديم بقيمته.

أما عند أبي حنيفة ومحمد: فلأن هذا احتيال لأخذ أموالهم، وليس ببيع، فيأخذه بقيمته، كما لو ملكه بالهبة.

---

(١) في (ج) و (د): "أنه".

(٢) في (ج) و (د): "فإنه يبيعه".

(٣) "فصل" ساقط من (ج) و (د).

وعند أبي يوسف هو بيع فاسد، فيأخذه بقيمة العين، وإن اشتراه ذميّ بخمر أو خنزير، أخذه بقيمة الخمر والخنزير، لأن البدل غير متقوّم في حق المالك القديم، متقوّم في حق المأخوذ منه، فلا يأخذه بعين ذلك العوض، ويأخذ بقيمته، ويجوز أن يكون خمر الذمي وخنزيره متقوّما على المسلم، [ومضمونا عليه][1]، كما في الغصب.

وإن اشتراه مسلم منهم بثوب، أخذه المالك القديم بقيمة الثوب، لأن مثل الثوب قيمته، والقاضي في تقويمه بالخيار: إن شاء قضى بالدراهم، وإن شاء قضى بالدنانير لانعدام الربا، وإن اشتراه مسلم أو نصراني بدراهم أكثر من وزنه، يأخذه المالك القديم بمثل تلك الدراهم، وذكَر في موضع آخر أنه يأخذه بقيمته.

وجه تلك الرواية: أنّ هذا احتيال لأخذ أموالهم في قول أبي حنيفة ومحمد، وليس ببيع حقيقةً، فصار كما لو وهبوه له. وعند أبي يوسف هو بيع فاسد فيأخذه بقيمته.

وجه ما ذكر هنا أنه مفاداة، و"المفاداة": إنما تكون بإعطاء ما بذله صاحب اليد، ليخرج من يده، فيعود إليه قديم ملكه.

ولو أسر العدو عبدا لذمي، فاشتراه رجل منهم ذمي بخمر، أخذه المالك القديم بمثل الخمر، فإن قضى القاضي له بذلك، ثم أسلم الذمي الذي اشتراه منهم أو المالك القديم، لا يبطل ذلك القضاء، لما ذكرنا أنه مفاداة، وليس بتملك مبتدأ، فلا يتوقّف تمامه على التسليم بخلاف الشفعة، إلا أنه يلزمه قيمة الخمر، لأن الموجِب لتسليم الخمر قائم، وقد عجز عن التسليم بحكم الإسلام، فتجب القيمة كما في الغصب.

ولو قضى القاضي للمالك القديم بأخذه، كان للمتملك من العدوّ أن يحبسه حتى

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

يأخذ الثمن، لأنه في حق المأخوذ منه بمنزلة البيع، ولأن حق الحبس لا يختص بالبيع. ألا ترى أنّ رادّ الآبق يحبسه بالجعل، كذلك هنا.

فإن مات بعد الحبس بطل البدل، لأنه التزم البدل، ليسلم له ملكه، وقد فات كما في الآبق، بخلاف المستأجر إذا حبس العين لاسترداد الأجرة المعجّلة بعد انتقاض الإجارة، فهلك في يده، فإنه يهلك أمانةً؛ لأن يده كانت يد أمانة، فلا تنقلب مضمونةً مع بقاء جهة الأمانة.

وهنا قبضه كان مضمونا في الأصل، وفي الآبق كان يده يد أمانة، لعدم سبب الضمان، لا لعقد الأمانة، ولو ذهبت عين العبد قبل قضاء القاضي للمالك القديم أو بعده، أخذ المالك بجميع الثمن إن شاء، ولا يحط عنه شيء بذهاب العين، لأن الفداء يقابل الأصل دون الأوصاف، والأصل باق، وكذا لو فقأ المشتري عينه، لأن الأصل قائم.

وعن محمد: أنه يسقط حصة العين من الفداء، ويأخذه بالباقي، كما في فصل[1] البيع.

والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية، لأن المقصود من الفداء هو الوصول إلى الأصل، والأصل قائم، ولو قتله بطل الفداء لفوات الأصل.

ولو[2] كانت أمَة فولَدت في يد المتملك من العدو، كان للمولى القديم أن يأخذها مع ولدها، لأن حق المالك القديم في الإعادة حق متأكّد يشبه الملك، فيسري إلى الولد. فإن قتل الولد أو مات، أخذ الأم بجميع الثمن إن شاء، ولا يبطل شيء من الثمن لقيام

(١) "فصل" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «الفتاوى الهندية» ٥/ ١٩٠.

الأصل، ولو ماتت الأم، فعند أبي يوسف أخذ الولد بجميع الفداء، لأنه جزء من الأصل، فيأخذه بجميع الفداء بمنزلة الأصل.

وعند محمد: تسقط حصة الأم من الفداء، لأنه أصل، والولد تبع، فيستحيل أن يذهب الأصل بغير شيء.

وإن كانت الأمّ عند المتملك من العدو هبةً وهبَها الكافر منه، فولدت ثم ماتت هي، وبقي الولد، عند أبي يوسف: يأخذ المالك القديم الولدَ بجميع قيمة الأم يومَ وُهِبت له، كالثمن في المسألة الأولي.

وعلى قول محمد: يأخذ الباقي منهما بقيمته، إذا كانت الأم هي الباقية فبقيمتها، وإن كان الولد هو الباقي فبقيمته، يدفع قيمة ما يسلم له.

رجل غصب من رجل كرّ حنطة، فابتلّ عنده، فصار كرا وثلث كر، فعلى الغاصب مثل ذلك[1] الكر المغصوب، ويصير المغصوب ملكا له بضمانه، ويتصدق بالفضل، وقد مرت المسألة قبل هذا.

ـ والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب ـ

(١) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

كتاب الرهن[1]

باب من الزيادة في الرهن يزيده الراهن

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن الزيادة في الرهن إذا صادفت مزيدا عليه، جازت استحساناً، والقياس أن لايجوز، وهو قول زفر، والشافعي، والمسألة معروفة[2].

---

(١) الرهن: لغة: الدوام والثبوت والحبس، يقال: ماء راهن، أي راكد، وقال سبحانه وتعالى: ﴿كُلّ نفسٍ بما كَسَبَتْ رَهينَة﴾ (المدثر، الآية: ٣٨) أي محبوسة، ويطلق الرهن على العقد وعلى الشيء المرهون، وجمعه: رُهون، ورُهُن، ورِهان، وفي الآية: ﴿وإن كنتم على سفرٍ ولم تجدوا كاتبا فرِهانٌ مقبوضة﴾ (البقرة: ٢٨٣).
أما في اصطلاح الفقهاء: فعرّفه المرغيناني بأنه: «جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون»، وعرّفه في المجلة، مادة: ٧٠١: حبسُ مالٍ، وتوقيفه في مقابلة حق يمكن استيفاوه منه، ويسمى ذلك المال: مرهونا، ورهنا». والارتهان في المجلة (٧٠٢): أخذُ الرهن. فالراهن هو المدين، والمرتهن هو الدائن، والرهن هو الشيء المرهون. انظر «القاموس المحيط» و«المصباح المنير» مادة: رهن، «المغرب» ١/ ٣٥٦، «الهداية» ٤/ ١٢٦، «المبسوط» ٢١/ ٦٣.

(٢) الزيادة في الرهن بأن يضم إلى المرهون شيئا آخر يصير معه رهنا بالدين المرهون به، كأن يستدين من شخص ألفا، يرهن بها حُليّا، ثم يزيد الراهن عليه متاعا آخر، ليكون مع الأول

وإذا صحّت الزيادة عندنا، فإن كان جميع الدَّين قائمًا، يجعل كأنّ العقد ورَد عليهما، ويقسّم الدَّين على الأصل، والزيادة على قدر قيمتهما، يعتبر في الانقسام قيمة الأصل يوم العقد والقبض، وقيمة الزيادة يوم الزيادة والقبض، لأن المعتبر قيمة كل واحد منهما وقت ثبوت ضمان الرهن، وسبب ضمان كل واحد منهما القبض بحكم الرهن، فتعتبر القيمة وقت القبض[1].

كما لو رهن جاريتين، فقبض إحداهما، ثم الأخرى بعد يوم، يعتبر قيمة كل واحدة منهما وقت القبض، حتى لو هلكت الزيادة، هلكت بحصتها من الدَّين، ولو هلكت الأصل، هلكت بحصّتها.

وأصل آخر: أن ولد الرهن رهن؛ لأن حق الحبس حقّ متأكد في الأصل، فيسرى

رهنا بالألف. وهي جائزة عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة؛ لأنها زيادة في التوثيق، وهو الغرض من الرهن، وقد أقدما عليها بمحض إرادتهما، ولو تبايعا بدون رهن جاز، فكذلك الزيادة فيه طالما كانت بالرضا جائزة.

وعند الإمام زفر والشافعية لا تجوز هذه الزيادة، واحتجوا بأنها تودّي إلى الشيوع في الدّين، لأنه لابدّ للرهن الثاني من أن تكون له حصة من الدين، فيخرج من الرهن الأول بقدره من أن يكون رهنا، وهو شائع، والشيوع مفسد للرهن. وردّ عليهم بأن الزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين، وهذا لايمنع من صحة الرهن.

يرجع للتفصيل: «المبسوط» ٢١/ ٩٦، «تكملة فتح القدير» ١٠/ ٢١٦، «بدائع الصنائع» ٦/ ١٣٩، «مختصر اختلاف العلماء» للجصاص ٤/ ٢٩٤، «الأم» ٣/ ١٥٤، «المغني» ٤/ ٣٤٧، «كشاف القناع» ٣/ ٣٠٩، «الروض المربع شرح زاد المستقنع» ٢/ ١٩٣.

(١) انظر: «المبسوط» ٢١/ ٩٧، «تكملة فتح القدير» ١٠/ ٢١٧، «ردّ المحتار» ٦/ ٥٢٤.

إلى الولد كسائر الحقوق المتأكدة من البيع والتدبير وغير ذلك[١].

فإنْ هلكت الأم، هلكت بحصتها من الدَين، وإن هلك الولد، يهلك بغير شيء، لأن الولد لم يجر عليه العقد، ولا ماله شَبه بالعقد، وهو القبض، فكان رهنا تبعا [في الفكاك، فيصير أصلا][٢]، إلا أنه لو بقي إلى وقت الفكاك، يصير أصلا في الفكاك، فيصير أصلاً في الرهن ضرورة، والظاهر بقاءه إلى وقت الفكاك، فيقسّم الدَين على الأصل والولد بناءً على الظاهر[٣].

ويعتبر في الانقسام قيمة الأمّ يوم العقد، وقيمة الولد يوم الفكاك، فإن هلك الولد قبل الفكاك، لم يصر أصلا، تبطل القسمة، فتهلك بغير شيئ، وإن بقي إلى وقت الفكاك تكون أصلا[٤]، فإن لم تتغيّر قيمته إلى وقت الفكاك، تقرّرت تلك القسمة، وإن تغيّرت تلك القيمة إلى زيادة أو نقصان، تتغيّر تلك القسمة[٥].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل رهَن جاريةً تساوي ألف درهم بألف

(١) يدخل في الرهن عند الحنفية كل زيادة متولدة من الأصل، متصلة به، كاللبن والصوف، أو منفصلة عنه كالولد، فيكون رهنا مع الأصل، لأنه تبع له، والرهن حق لازم متأكد فيسري إليه. راجع: «المبسوط» ٢١/ ٩٧، «تكملة فتح القدير» ١٠/ ٢١٤، «ردّ المحتار» ٦/ ٥٢١، «بدائع الصنائع» ٦/ ١٤٠، «تبيين الحقائق» ٦/ ٩٤.

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل ومن (ا)، وأضيفت من (ج) و (د).

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٩، «تكملة فتح القدير» ١٠/ ٢١٧، «ردّ المحتار» ٦/ ٥٢١.

(٤) كذا في الأصل و(ا) و (ب)، واختلفت العبارة في (ج) و (د) مع سقط وتغيير، فجاء فيهما: فإن هلك الولد قبل الفكاك، يكون أصلا، فإن لم تتغيّر قيمته إلى وقت الفكاك..

(٥) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٧.

درهم، ثم ولدت ولدا، يساوي ألفا، ثم هلكت الجارية، ثم زاد في الرهن غلاما، يساوي ألفا، جازت الزيادة، ويكون الولد مع الزيادة رهنا بخمسمائة[1].

أما جواز الزيادة فلأنها صارت مزيدا عليه، وهو الولد، لأنه رهن ظاهرا، ويكون الولد مع الزيادة[2] رهنا بخمسمائة؛ لأن الجارية لما ولدت ولدا [يساوي ألفا][3]، انقسم[4] الدَين على الأم والولد نصفين لاستواء قيمتهما، فإذا هلكت الجارية، هلكت بخمسمائة، وبقي في الولد خمسمائة، فإذا زاد غلاما يساوي ألفا، فإنما زاد فيما بقي من الدَين، لافيما سقَط، فانقسم ما في الولد، وذلك خمسمائة على الزيادة، والولد نصفين لاستواء قيمتهما، فيفتكهما بخمسمائة[5].

وإن هلكت الزيادة، هلكت بمائتين وخمسين، وإن هلك الولد دون الزيادة، فإنه يأخذ العبد الزيادةَ بغير شيء؛ لأن الولد لما هلك لايصير أصلا، فبطل ذلك الانقسام[6].

وظهر أن الأم هلكت بجميع الدَين، وظهر أنه زاد في الرهن بعد سقوط كل الدَين، فتبطل الزيادة، فكان له أن يستردّ بغير شيء[7].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) قوله: "فلأنها صارت مزيدا عليه، وهو الولد، لأنه رهن ظاهرا، ويكون الولد مع الزيادة" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل ومن (ا)، وأضيفت من (ج) و (د).

(٤) وفي (ج) و (د): "يقسّم".

(٥) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٧.

(٦) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٠.

(٧) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٠.

وكذا لو هلك العبد، والولد معًا، أو هلك العبد، ثم الولد، فإن العبد يهلك أمانة؛ لما قلنا، ولو لم يهلك الولد، ولكن ازدادت قيمته، فصار يساوي ألفي درهم، فإن الراهن يفتك العبد الزيادة، والولد بثلثي الألف؛ لأنه لما ازدادت قيمة الولد، والمعتبر في الانقسام قيمة الولد يوم الفكاك، ظهر أن الدَين انقسم على الجارية والولد أثلاثا، وبهلاك الجارية سقط ثلث الدَين، وبقي الثلثان في الولد[1].

فإذا زاد غلاما يساوي ألفا، انقسم ما في الولد، وهو ثلثا الدَين، على الولد وعلى الغلام الزيادة على قدر قيمتهما، فانقسم ثلثا الدَين على الولد، والزيادة أثلاثا، فكانت الزيادة رهنا بثلث الثلثين، وهو تسعا الألف، والولد بأربعة أتساع الألف، يفتكهما بثلثي الألف.

وإن هلكت الزيادة، هلكت بتسعي الألف، وإن هلك الولد، أخذ الزيادة بغير شيء؛ لما قلنا.

ولو لم تزدد قيمة الولد، ولكن انتقصت، فصار يساوي خمسمائة، تنتقض تلك القسمة، فيسقط بهلاك الأم ثلثا الدَين، ويكون الولد مع الزيادة رهنا بثلث الألف، ثلثا هذا، وهو تسعا الألف بمقابلة الزيادة، وتسع الألف، وذلك مائة وأحد عشر، وتسع بمقابلة الولد، إن هلكت الزيادة بعد ذلك، هلكت بتسعي الألف.

وإن هلك الولد يسقط كل الدَين بهلاك الأم، ويستردّ الزيادة بغير شيء؛ لما قلنا، فإن لم يستردّ الزيادة بعد هلاك الولد، حتى هلكت الزيادة، هلكت أمانة.

فـرّق بين هذا، وبين الرهن بدَين مَظنون، إذا رهن رهنا بألف درهم، ثم هلك الرهن، ثم تصادقا أن لادَين، يهلك مضمونا على الروايات الظاهرة.

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٠.

وروى بشر عن أبي يوسف: أنه يهلك أمانةً، وسوّى بين مسألة المظنون، وبين مسألة الكتاب، وإن تصادقا أن لادَين، ثم هلك الرهن، اختلف فيه المشايخ.

ووجه الفرق بين مسألة الكتاب، وبين مسألة المظنون على ظاهر الرواية، أن في مسألة المظنون حين قبَض الرهن، كان القبض قبض ضمان من غير تردّد، فإذا تصادقا أن لادَين، لم يصحّ تصادقهما في تغيير حكم الشرع.

أمّا في مسألة الكتاب حين قبض الزيادة، قبضها بعد سقوط سبب الدَين؛ لأن هلاك الأمّ سبب صالح، إلا أن الولد مانع، فإذا هلك الولد زال المانع، فيظهر استيفاء الدين لسقوط الدَين[1] [من ذلك الوقت][2]، فكان قبض الزيادة قبض مال الغير بإذنه من غير دَين، فيكون أمانة.

ولو رهن جارية تساوي ألفا بألف درهم، فولدت ولدا يساوي ألفا، ثم زاد في الرهن[3] غلاما، يساوي ألفا، فإن الغلام الزيادة يكون رهنا بخمسمائة، والجارية مع ولدها رهن بخمسمائة[4].

ووجه ذلك أن الأمّ أصل، والولد تبع، فما دام الأصل قائما، لايعتبر الولد مزاحما للأصل في الانقسام، وتجعل الزيادة زيادة على الأم، فيقسّم الدَين على الأصل، والزيادة

(١) قوله: "إلا أن الولد مانع، فإذا هلك الولد زال المانع، فيظهر استيفاء الدين" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في الأصل و (ا) و (ب).

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٣) كذا في الأصل، وجاء في (ج) و (د) "ثم زاد الراهن غلاما".

(٤) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٩.

القصدية على قدر قيمتهما[١].

ثم ما أصاب الأصل من الدَين، يقسم عليها وعلى ولدها نصفين، فكانت الزيادة القصدية رهنا بخمسمائة، والجارية مع ولدها بخمسمائة، إن هلكت الجارية، هلكت بمائتين وخمسين، وإن هلك الولد، جعل كأن لم يكن، فتكون الجارية رهنا بخمسمائة[٢].

أما إذا زاد في الرهن بعد هلاك الأم، فإنما زاد على الولد؛ لأن الولد صار متبوعا لفوات أصله، فصلح مزيدا عليه، فيقسم ما في الولد على الولد، والزيادة القصدية على الوجه الذي ذكرنا[٣].

ولو رهن عند رجل جارية تساوي ألفا بألف، ثم قضاه الراهن خمسمائة، ثم زاد في الرهن غلاما، يساوي ألفا، فإن الغلام الزيادة يكون رهنا بثلث الألف، ولو افتكَّه[٤]، افتكَّه بذلك، وإن هلك يهلك به[٥].

ووجهه: أن الجارية كانت مشغولةً مضمونةً بألف، كل نصف منها بخمسمائة، فإذا قضى خمسمائة، فقد فرغ نصفها عن الدَين، وبقي النصف مشغولا في حكم الانقسام، وإن كان الكل مضمونا، فإذا زاد في الرهن، تجعل الزيادة، زيادة على النصف المشغول؛

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٩.

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٩.

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٠.

(٤) فَكَّ الرهنَ وافتكَّه: إذا أخرجه من يد المرتهن وخلّصه، وفَكّ الختام: فَضّه وكسره، ومنه قول محمد في كتاب القاضي: «ولايفتكّه إلا بحضرة الخصم» أي لايفُكّ خاتَمه. «المغرب» للمطرزي، ٢/ ١٤٧.

(٥) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٨.

لأن النصف الذي سقط دَينه، لا يحتاج إلى الزيادة[١].

ألا ترى أنه لو قضى كل الدَين، ثم زاد في الرهن، لا تصحّ الزيادة، وإن كان الضمان يبقى ما بقي القبض بحكم الرهن، إلا أن الدَين إذا لم يكن، لا تصحّ الزيادة في الرهن، كذلك هنا.

فثبت أن العبد بعد قضاء نصف الدَين زيادة على نصف الجارية، فيقسم ما في نصف الجارية، وهو خمسمائة، على الزيادة، وعلى نصف الجارية، وقيمة الزيادة ألف درهم، وقيمة نصف الجارية خمسمائة درهم[٢]، فانقسم نصف الدَين عليهما أثلاثا، ثلثها، وذلك مائة وستة وستون، وثلثان في نصف الجارية وثلثاها، وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون، وثلث في العبد، يفتك كل واحد منهما بذلك[٣].

فإن هلكت الجارية، هلكت بستمائة وستة وستين وثلثي درهم؛ لأن نصف الجارية[٤] كان مضمونا بالخمسمائة التي أوفاها، وبعد ما سقط نصف الدَين بحكم القضاء، فالقبض قائم لم ينتقض.

فإذا هلكت الجارية[٥] صار مستوفيا خمسمائة بهلاك النصف الذي كانت مضمونة[٦] بخمسمائة من وقت الرهن؛ لأن قبض الرهن، قبض استيفاء عندنا، ويتقرّر

---

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٩.

(٢) "درهم" ساقط من (ج) و (د).

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٩.

(٤) وفي (ج) و (د): "نصفها" بسقوط الجارية.

(٥) "الجارية" ساقط من (ج) و (د).

(٦) وفي (ج) و (د): "كان مضمونا"، وهو خطأ.

ذلك الاستيفاء بالهلاك.

ولهذا قلنا: لو رهن شيئا، ثم قضى كل الدَين، ثم هلك الرهن، كان على المرتهن ردّ جميع ما قبض لما ذكرنا، كذلك هنا، بهلاك النصف الذي كان مضمونا بخمسمائة، يصير مستوفيا خمسمائة، ونصفها الآخر كان مضمونا بمائة وستة وستين، وثلثي درهم، فيصير مستوفيا بهلاكها ستمائة، وستة وستين، وثلثي درهم، وقد استوفي منه خمسمائة بجهة القضاء، فيصير قابضا مائة، وستة وستين، وثلثي درهم زيادة على حقّه، فيلزمه ردّ الزيادة، ويستردّ العبد الزيادة بغير شيء.

فلو أن الجارية لم تهلك، لكن المرتهن وجد الدراهم المقبوضة سَتّوقَة[1] أو رصاصا، وقد كان الراهن زادَه عبدا يساوي ألفا، فالجارية مع العبد الزيادة، رهن بألف، كل واحد منهما بخمسمائة؛ لأن السَتّوقة والرصاص ليسا من جنس الدراهم.

ألاترى أنه لو تجوز بهما في الصرف والسَلَم، لايجوز؛ لأنه استبدال برأس مال الصرف والسَلَم، وليس بقبض، وكذلك المكاتب إذا أدّى بدل الكتابة ستوقة أو رَصاصا، لايعتق.

وكذا لو حلف: لايفارق غريمَه، حتى يستوفي ما عليه، فأوفاه ستّوقة أو رصاصا، وفارقه، ولم يعلم به، كان حانثا، فثبت أنهما ليسا من جنس الدراهم، فلايكون قبضهما استيفاءً للدَين، فيبقى الدَين على حاله، وقبل القبض لو زاد في الرهن، كانت الزيادة مع الجارية رهنا بألف، كذلك هنا.

---

(١) السَتّوق: بالفتح: ما غلب عليه غِشّه من الدراهم، وذكر المطرزى عن الكرخي: السَتّوق عندهم ما كان الصُفر أوو النحاس هو الغالب الأكثر. انظر «التعريفات» ص١٥٦، «المغرب» ١/ ٣٨٢.

فإن وجد المرتهن الدراهمَ المقبوضة زيوفا [أو][1] نبهرَجَة[2]، فردّها، كانت الزيادة مع نصف الجارية رهنا بخمسمائة.

كما لو كان المقبوض جيادا؛ لأن الزيوف والبنهرجة دراهم؛ لأنهما فضّة، لكنّها معيبة، ولهذا لو تجوز بهما في الصرف والسلم، يجوز، وتكون جميع الأحكام على عكس ما ذكرنا في الستوقة والرصاص.

فإذا ردّها ينتقض القضاء بعد الصحّة، ويجب للمرتهن دَين حادث على الراهن، ولا يظهر أن القضاء لم يكن.

قيل: هذا قول أبي يوسف ومحمد، أمآ على قول أبي حنيفة: الجواب فيه كالجواب في الستّوقة والرصاص؛ لأن عنده المسلم إليه، إذا وجد رأس المال زيوفا أو[3] نبهرجة، وردّه بعد الافتراق، يبطل السلم، وكذلك الصرف، كما يبطل في الستوقة والرصاص، وقيل: لا، بل هذا قول الكل.

(١) ما بين المعكوفتين لم تثبت في الأصل ولا في النسخ الأخرى، والصواب إثباته، فلا يستقيم الكلام بدونه، لأن الزيوف والنبهرج شيئان متغايران، كما ذكرهما المؤلف في الفقرة التالية بواو العطف.

(٢) في (ج) و (د): "بنهرجة"، وهو خطأ، والصحيح ما أثبت.

والنَبَهْرَجَة: ما يردّه التجار من الدرهم الزيف الرديّ، معرّب بنهره بالفارسية، قال أبو البقاء الكفوي: الزيف: هو الدرهم الذي خلط به نُحاس أو غيره، ففات صفة الجودة، فيردّه بيت المال، لا التجار، والنبهرجة: هو ما يردّه التجار أيضا. انظر: «الكليات» ص٤٨٩، «التعريفات» ص٣٠٧، «المغرب» ١/ ٣٨٢، «مجموعة قواعد الفقه» ص ٥٢١.

(٣) "أو" ساقط من (ج) و (د)، والصحيح إثباته.

وجه الفرق لأبي حنيفة: بين مسألتنا هذه، ومسألة الصرف والسلم أنّ الزيوف والنبهرجة دراهم حقيقة، فصحّ قبضهما بجهة الاستيفاء، وللقابض أن يردّها بعيب الزيافة، والقبض إذا نقض بحق ينتقض من الأصل، ولايظهر أنه لم يكن.

فينظر إلى الأحكام الثابتة بهذا القبض، إن كان حكما يحتمل الانتقاض بعد الصحّة، وتتعلق صحّته بالقبض، ينتقض بانتقاض القبض، وإلا فلا، والصرف والسلم يتعلّق صحّتهما بالقبض، ويحتملان الانتقاض بعد الصحّة، فيبطلان بانتقاض القبض.

أما خروج الرهن من أن يكون رهنا لايتعلق بالقبض، فإن المرتهن لو أبرأ الراهنَ عن الدَين، بطل الرهن، فلايظهر أثر انتقاض القبض في حق هذا الحكم، ويجعل هذا بمنزلة دَين حدث وجوبه بعد الاستيفاء، فكانت الجارية مع العبد الزيادة رهنا بخمسمائة.

واستشهد رحمه الله لهذا بما: لو رهن جارية بألف، ثم زاد في نصف الدَين عبدا قيمته خمسمائة، كان العبد زيادة على نصف الجارية، فيصير نصف الجارية مع العبد رهنا بخمسمائة، حتى لو هلك العبد يهلك بثلث الألف.

ولو هلكت الجارية، هلكت بثلثي الألف، نصفها بخمسمائة، ونصفها بثلث خمسمائة، وهو سدس الألف، أراد بهذا أن خروج الرهن من أن يكون رهنا، لايتعلق بالقبض.

فإن قبل الزيادة، كان كل نصف من الجارية رهنا بخمسمائة، وبالزيادة تغيّر ذلك، ولو لم يكن كذلك، ولكن استحقّت الدراهم المقبوضة على المرتهن، فكذلك الجواب، كان العبد مع الجارية رهنا بخمسمائة، جعل المستحقة هنا بمنزلة الزيوف والنبهرجة[1].

وفي الصرف والسلم، جعل المستحقة بمنزلة الستوقة والرصاص، حتى يبطل

(١) أنظر الفروق لكرابسي ٢/ ٢٩١

الصرف والسلم[1].

والفرق: إن قبض المستحق موقوف على إجازة المستحق، وبدله مملوك، لما عرف من أصلنا أن بدل المستحق مملوك ملكا فاسدا، فكل حكم يتعلق بسلامة ما يقابل المقبوض، فالمستحق فيه بمنزلة الزيوف والنبهرجة، وكل حكم يتعلق بسلامة[2] عين المقبوض، فالمستحق فيه بمنزلة الستوقة والرصاص، والصرف والسلم يتعلق بما فيها بالقبض، فكان المستحق فيه بمنزلة الستوقة والرصاص[3].

أما بطلان الرهن يتعلق بفراغ الذمة، والراهن دفع دراهم الغير عوضًا عن ما في ذمته، فملك ما في ذمته؛ لأن بدل المستحق مملوك، فيبطل الرهن ضرورة، فكانت المستحقة فيه بمنزلة الزيوف والبنهرجة[4].

---

(١) جعل الكرابسي هذا الفرق بين مسألة الرهن ومسألة البيع، وأحال فيه إلى «الزيادات» ولا حرج فيه، لأن الصرف والسلم في حكم البيع في ذلك، ونوعان من أنواع البيوع. الفروق ٢/ ٢٩١.

(٢) قوله: "ما يقابل المقبوض، فالمستحق فيه بمنزلة الزيوف والنبهرجة، وكل حكم يتعلق بسلامة" ساقط من (ج) و (د)، وهو سقط.

(٣) كذا في الأصل، والعبارة: "والصرف والسلم يتعلق بما فيها بالقبض، فكان المستحق فيه بمنزلة الستوقة والرصاص" ساقطة من (ج) و (د).

(٤) يوّجه الإمام الكرابيسي هذا الفرق بأسلوب آخر فقال: «جعل المستحق كالستوقة في باب البيع، وفرق بينه وبين الزيوف، وفي الرهن سوى بينهما.

والفرق أن البائع أنما سلم المبيع إليه بشرط أن يسلم له الثمن، لأن سلامة المقضي شرط في سلامة البدل للمشتري، فإذا استحق لم يوجد شرط سلامة المبيع له فكان له أن يرجع فيه.

وليس كذلك الرهن، لأنه ليس من شرط صحة الزيادة سلامة المقضي له، لأن إلحاق الزيادة

ولو رهن جاريتين بألفي درهم، كل واحدة منهما تساوي ألفا، ثم ولدت إحداهما ولدا يساوي ألفا، ثم هلكت الوالدة، وبقي الولد، ثم زاد في الرهن غلامًا يساوي ألفا، فإن العبد الزيادة يكون رهنا بخمسمائة وخمسة وعشرين، إن افتكّه يفتكّه بذلك، وإن هلك يهلك به؛ لأنه لما رهن جاريتين بألفي درهم، كل واحدة تساوي ألفا، انقسم الدَين على الجاريتين نصفين لاستواء قيمتهما.

فإذ ولدت إحداهما ولدا يساوي ألفا، انقسم ما في هذه الجارية[1]، وهو ألف، عليها وعلى ولدها نصفين لاستواء قيمتهما. فإذا هلكت الأمّ، هلكت بخمسمائة، وبقي من الدَين ألف وخمسمائة، ألف في الجارية [التى لم تلد][2]. وخمسمائة في الولد، فإذا زاد في الرهن، والولد يصلح مزيدًا عليه بعد هلاك أصله، كانت الزيادة زيادة عليهما على قدر ما فيهما من الدَين، فانقسمت الزيادة عليهما أثلاثا، ثلثا الزيادة على الجارية، وثلث الزيادة زيادة على الولد.

ثم يقسّم ما في الجارية، وهو ألف، عليها وعلى ثلثي الزيادة على قدر قيمتهما، وقيمة الجارية ألف، وقيمة التى ثلثي الزيادة ثلثا الألف، فاجعل ثلث كل ألف سَهما، فصارت الجارية ثلاثة أسهم، وثلثا الزيادة سهمين، فصارت الألف التي كانت في[3] الجارية على خمسة، تحول خمسا الألف، وهو أربعمائة إلى ثلثي الزيادة، وبقي في

ببعض الضمان جائز، والمقضي له وإن استحق بعد ذلك فحين زاد حكمه فإن نصف الدين مقضي، فتكون الزيادة لاحقة بخمسائة درهم. «الفروق» للكرابيسي ٢/ ٢٩١.

(١) وفي (ج) و (د): "انقسم ما فيها".

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٣) "في" ساقط من(ج) و (د).

الجارية ثلاثة أخماس الألف، وذلك ستمائة.

ويقسم ما في الولد من الدَّين، وذلك خمسمائة، عليه وعلى ثلث الزيادة على قدر قيمتهما، وقيمة الولد ألف، وقيمة ثلث الزيادة ثلث الألف، فصار ما في الولد من الدَّين، وهو خمسمائة على أربعة، كل ربع مائة وخمسة وعشرون، تحول ربع الخمسمائة إلى ثلث الزيادة، وبقي ثلاثة أرباع الخمسمائة في الولد، فالزيادة مرة تحول إليه أربع مائة، ومرة مائة وخمسة وعشرون، فكان جملة ما تحول إلى الزيادة خمسمائة وخمسة وعشرون[1]، إن هلك يهلك بذلك.

وبقي في الولد ثلاثة أرباع الخمسمائة، وهو ثلاثمائة وخمسة وسبعون، وفي الجارية الأخرى ستمائة، إن ماتت الجارية الأخرى بعد ذلك[2] ماتت بستمائة، وإن هلك الولد، بقي الغلام الزيادة مع الجارية رهنا بألف؛ لأن الولد لما مات، صار كان لم يكن.

فظهر أن الجارية الوالدة ذهبت بنصف الدَّين، والعبد زيادة على الجارية الأخرى، لاغير، فصار ما في الجارية الأخرى بينها وبين العبد الزيادة نصفين لاستواء قيمتهما، فأيّهما مات مات بخمسمائة.

وإن لم يهلك الولد، ولكن ازدادت قيمته بعد هلاك الأمّ، فصار يساوي ألفي درهم، والمسألة بحالها، كان العبد الزيادة مع الولد والجارية الأخرى رهنا بألف وستمائة وستة وستين وثلثي درهم، في العبد الزيادة من ذلك أربعمائة وستة وثمانون درهما وتسع

(١) اختلفت العبارة في (ج) و (د) فجاء فيهما: "فالزيادة مرة تحول إليها ربع خمسمائة، وذلك مائة وخمسة وعشرون، ومرة أربعمائة، فكان جملة ذلك خمس مائة وخمسة وعشرين".

(٢) قوله: "الجارية الأخرى بعد ذلك" ساقط من (ج) و (د).

درهم.

لأنه لمّا ازدادت قيمة الولد بطل الانقسام الأول، لأن المعتبر قيمة الولد يوم الفكاك، وقيمته يوم الفكاك ألفان، وقيمة الأمّ يوم العقد ألف، فانقسم الألف التي كانت في الأمّ بينها وبين الولد أثلاثا، ثلثه في الأم سقط [1] بهلاكها، وبقي في الولد ثلثا الألف، فكان الباقي ألفا وستمائة وستة وستين وثلثان [2]، فانقسم العبد الزيادة على الولد، والجارية الأخرى أخماسا، خمسا الزيادة زيادة على الولد، وثلاثة أخماس الزيادة زيادة على الجارية.

ثم ما في الجارية من الدَين، وهو ألف، انقسم على الجارية، وعلى ثلاثة أخماس الزيادة على قدر قيمتها، وقيمة الجارية ألف، وقيمة ثلاثة أخماس الزيادة ستمائة، فاجعل كل مائتي درهم سهما، فصارذلك [3] ثمانية أسهم، فقسّمنا الألف بين الجارية وبين ثلاثة أخماس الزيادة على ثمانية أسهم، كل ثمن مائة وخمسة وعشرون تحول إلى ثلاثة أخماس الزيادة، ثلاثة أثمان الألف، وهو ثلاثمائة وخمسة وسبعون، وبقي في الجارية خمسة أثمان الألف، وهو ستمائة وخمسة وعشرون.

ثم يقسّم ما في الولد، وهو ثلثا الألف، عليه وعلى خمسي الزيادة على قدر قيمتها، وقيمة الولدألفان، وقيمة خمسي الزيادة أربعمائة، فاجعل كل أربعمائة سهما، فصار خمسا الزيادة سهما واحدا، والولد خمسة أسهم، فيقسّم ما في الولد، وهو ثلثا الألف بين الولد وخمسي الزيادة على ستة أسهم، كل سدس مائة وأحد عشر وتسع، تحول إلى

---

(١) زاد في الأصل هنا "ذلك"، ولم يثبت في النسخ الأخرى.

(٢) وفي (ج) و (د): "وثلث".

(٣) وفي (ج) و (د): "فيصير ثمانية".

خمسي الزيادة مائة وأحد عشر وتسع، وبقي في الولد خمسمائة وخمسة وخمسون وخمسة أتساع.

فالعبد الزيادة مرّة تحول إليه ثلثمائة وخمسة وسبعون، ومرّة مائة وأحد عشر وتسع، فجملة[1] ما تحول إليه أربعمائة وستة وثمانون وتسع درهم، إن هلك يهلك بذلك، وإن هلكت الجارية الأخرى هلكت بستمائة وخمسة وعشرين، وإن هلك الولد جعل كأن لم يكن، وسقط بهلاك الأم ألف، فيكون العبد الزيادة، والجارية الأخرى رهنا بألف، كل واحد منهما بخمسمائة لما قلنا.

والله أعلم بالصواب

(١) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "فصار ما تحول".

باب من الرهن الذي يكذّب الراهن أن يكون رهنه ويكذّب العَدل المأمور بالبيع

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن الاختلاف متى وقَع في المقبوض[١]، كان القول فيه قول القابض[٢]، أمينا كان القابض كالمودَع ونحوه، أو ضَمينا كالغاصب وغيره، لأن القابض لو أنكَر القبضَ أصلا، كان القول قوله، فإذا أنكر قبضَ غيره كان القول قوله[٣].

والثاني: أن من أنكر حقاً[٤] على نفسه، كان القول قوله مع اليمين، والبينة على المدّعي، وهو ظاهر.

---

(١) أي القول قول القابض في تعيين نفس المقبوض وفي مقداره، وفي صفته، كما صرّح به العتّابي عند بيان أصل هذا الباب. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٨٥

(٢) لقد تعرّض السرخسي والكاساني لهذه القاعدة، ففي «المسبوط»: الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض فالقول قول القابض، أمينا كان أو ضمينا. «المسبوط» ١٨/ ١٤ كتاب الإقرار، باب الإقرار بالزيوف، و ١٣/ ٤٨ باب الخيار في البيع. وقال الكاساني: الاختلاف متى وقع في تعيين نفس المقبوض فإن القول فيه قول القابض. انظر «بدائع الصنائع» ٥/ ٢٩٣و ٦/ ١٧٤.

(٣) والإمام العتابي وجّهه بقوله: "لأنه وإن كان أمينا فالقول قول الأمين كالمودع، وإن كان ضَمينا فالقول قوله أيضا كالغاصب". «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٨٥.

(٤) وفي (ج) و (د): "حتى على نفسه"، وهو خطأ.

[إذا عرفنا هذا][1] قال محمد رحمه الله :

رجل رهَن عند رجل جاريةً تساوي ألفا بألف درهم، فقَبَضها المرتهن، وجعلا رجلا مسلّطا على بيعها إذا مضى أجل كذا وكذا، فلما حَلّ الأجل، جاء المرتهن بجارية تساوي ألفا، وطلب من العدل بيعها. فقال الراهن: ليست هذه الجارية التي رهنتها، وقال المرتهن: لا، بل هذه تلك الجارية، وصدّق العَدل الراهنَ، أو قال: لاأدري.

ففي المسألة حكمان: حكم بين الراهن وبين المرتهن، وحكم بين المرتهن وبين العدل.

أما الحكم[2] بين المرتهن والراهن: أن القول فيه قول المرتهن[3]، لأنه هو القابض فكان القول في المقبوض قوله، لما قلنا.

وأما حكمه[4] بين المرتهن وبين العدل: أنه إن أنكر العدل أن تكون هذه الجارية، أو قال: لاأدري، كان القول قوله مع اليمين، لأنه يُنكر على نفسه حق البيع، فيكون القول قوله مع اليمين[5].

ويحلف على العلم؛ لأنه يحلف على فعل الغير، وهو تسليط الراهن إيّاه على

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) في الأصل: "فالحكم"، والمثبت من (ج) و (د).

(٣) انظر «القول الحسن في جواب القول لمن» للفقيه الشيخ عطاء الله بن يحي الشهير بنوعي زاده، ص ٢٤٥، المطبوع سنة ١٢٧٦هـ.

(٤) في (ج) و (د): "وأما الحكم بين المرتهن".

(٥) فإن حلف لايجبر على بيعها. انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٧٤، «القول الحسن في جواب القول لمن» ص ٢٤٥.

بيعها، أو على ما في يد غيره، فيحلف على الغلم[1].

أصله: حديث القسامة[2].

ومن المشايخ مَن قال: إنما يحلف على العلم إذا لم يكن رآها وقت العقد، ووقت التسليط، أما إذا رآها[3] وقت العقد، فإنه يحلف على البتات، ولايحلف على العلم.

ومنهم من قال بأنه يحلف على البتات بكل حال؛ لأن المرتهن يدّعي عليه حقا، وهو بيع الجارية وقضاء الدَين من ثمنها، وهو منكر، فيحلف على البتات، كما في سائر الدعاوي، والصحّيح ماقلنا.

---

(١) راجع ما سبق في كتاب البيوع ص ١٠٣٨

(٢) حديث القَسامة رواه الأئمة الستةعن سَهل بن أبي حَثْمَةَ «أن نفرا من قومه انطلقوا إلى خيبرَ فتفرّقوا فيها، فوَجدوا أحدَهم قتيلا، فقالوا للذين وَجَدوه عندهم: قَتلتُم صاحبَنا؟ فقالوا: ما قتلناه ولا علمناقاتلا، فانطلقنا إلى نبي الله صلى الله عليه وآله وسلم، قال، فقال لهم: تاتوني بالبينة على مَن قَتَل هذا، قالوا ما لنا بينة، قال: فيحلفون لكم؟ قالوا: لا نرضى بأيمان اليهود، فكره رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يُبطِل دمَه، فوَداه مائةً من إبل الصدقة». اللفظ لأبي داود، فقد أخرجه في كتاب الديات، باب في ترك القوَد بالقسامة، الحديث ٤٥٢٣، وأخرجه البخاري في الديات، باب القسامة، الحديث ٦٨٩٨. وأخرجه مسلم في كتاب القسامة، باب القسامة، الحديث ١٦٦٩. وأخرجه النسائي في كتاب القسامة، باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر سَهلٍ فيه، الحديث ٤٧٣٣. وأخرجه الترمذي الحديث ١٤٢٢، وابن ماجه الحديث ٢٦٧٧، والدارمي ٢/ ١٧٨، والطحاوي ٣/ ١٩٧، وأحمد ٤/ ١٤٢، كلهم من حديث سهل ابن أبي حثمة.

(٣) في الأصل: "فإن رآها"، والمثبت من (ج) و (د)، وهو أولى.

فإن نكل عن اليمين، أجبر على بيعها[1].

فرق بينه وبين غيره من الوكلاء، نحو الوكيل بالبيع وغيره، فإنه إذا امتنع عن تحصيل ما وكّل به لايجبر، وإذا أنكر لايحلف، والعدل يجبر.

والفرق من وجهين: أحدهما: أن الوكالة هنا في ضمن عقد لازم، وهو الرهن، فيكون لازما، ولهذا لايملك الراهن عَزله، فيكون لازما في حق الموكل، فكذا في حق الوكيل.

والثاني: أنّ هذه وكالة تعلّق بها حق المرتهن، وهو حق قضاء الدَين من ثمنها، فيجبر، ولايملك الامتناع، كالوكيل بالخصومة بطلب الخصم إذا غاب الموكل، يجبر على الجواب لحق المدّعي.

هذا إذا نكل عن اليمين، وإن حلف العدل، برئ عن الدعوى، ويؤمر الراهن ببيعها، لأنا جعلنا القولَ قول المرتهن في الجارية، ووقع اليأس عن بيع العدل، فيجبر الموكل، كما لو مات العدل، أو ارتدّ ولحق بدار الحرب.

فإن امتنع الراهن عن بيعها، باعها القاضي أو أمينه، لأنه امتنع عما هو مستحقّ عليه، وأنه أمرٌ تجري فيه النيابة، فناب القاضي مَنابه في إيفاء ما هو مستحق عليه، كما في تفريق امرأة العنّين[2] ونحوها.

وهذا على قولهما لايشكل، لأن[3] عندهما القاضي يبيع مال المديون، وإنما يبيع أيضا في قول أبي حنيفة ههنا، لأن الراهن شرط البيع في الرهن، فصار لازما عليه

(١) انظر «القول الحسن في جواب القول لمن» ص ٢٤٥.

(٢) راجع لتفصيل أحكام العنّين والتفريق بينه وبين زوجته «حاشية ابن عابدين» ٢/ ٥٩٣، ٥٩٤.

(٣) في الأصل: "فإن"، وما ثبت من (ج) و (د).

بشرطه[1].

فإذا امتنع، ناب القاضي مَنابه، وتكون العهدة على الراهن، لأنه لايمكن إيجاب العهدة على القاضي، لأن بيعه كان على وجه القضاء لدفع الظلم عن المرتهن، فلو رجعت إليه العهدة يصير خصما، فيخرج من أن يكون قاضيا، وأمين القاضي بمنزلة القاضي، لأنه لو رجعت إليه العهدة ترجع إلى القاضي، لأنه فعل بأمره، فإذا تعذّر إيجاب العهدة عليهما، كانت العهدة على الراهن، لأنه باع ماله بأمره لقضاء دَينه، فيكون عاملا له.

وإن[2] جاء المرتهن بجارية قيمتها خمسمائة، وقد تصادقا أنّ قيمة المرهونة كانت ألف درهم يوم الرهن، فقال الراهن: ليست هذه الجارية، وقال المرتهن: لابل هذه، وانتقصت قيمتها بتغيّر السعر، فالقول قول الراهن[3]؛ لأنهما تصادقا أن المرهونة كانت على غير هذه الصفة، وكانت مضمونة بألف، فيكون الظاهر شاهدا للراهن، فكان القول قوله مع اليمين[4].

فإن حلف، تَصير الجارية هالكةً في زعمه، وسقط الدَّين بهلاكها، ثم يرجع إلى العدل، فإن صدّق العدل المرتهن، أمر ببيعها؛ لأنه أقرّ على نفسه بوجوب بيعها، وإذا باعها دفع الثمنَ إلى المرتهن.

فإن لم يكن بالثمن وفاء بالدَّين، لايرجع المرتهن ببقية دَينه على الراهن؛ لأنا جعلنا القولَ قول الراهن، واعتبرنا الرهنَ في زعم الراهن هالكا بألف، وإنما صدّق العدل في حق

---

(١) «مختصر اختلاف العلماء» للجصاص ٤/ ٣١٦.

(٢) وفي (ج) و (د): "فلو جاء".

(٣) انظر «القول الحسن في جواب القول لمن» ص ٢٤٥.

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٧٤.

نفسه، لافي حق غيره، إلا أن يقيم المرتهن البينة على ما قال، فيرجع ببقية دَينه، لأنه أثبت ما ادّعاه بالحجة.

قالوا: هذا إذا لم يُعرف تغيّر سعر الجواري في ذلك الزمان، فإن علم ذلك، كان القول قول المرتهن، لأن الظاهر شاهد له، وتصير هذه المسألة والأولى سَواء.

وإن قال المرتهن: ما رهنتَني إلا هذه الجارية، وكانت قيمتها يوم رهنتها مني خمسمائة، وقال الراهن: ليست هذه الجارية لي، وكانت قيمة المرهونة ألف درهم، فالقول قول المرتهن، لأنه أنكر قبضَ غيرها، ثم يرجع إلى العدل[1].

إن أقرّ العدل بما قال المرتهن أو نكل عن اليمين، يجبر على بيعها، ويرجع المرتهن ببقية دَينه على الراهن، وإن حلف العدل أجبر الراهن على البيع، أو باعها القاضي أو أمينه، وكانت العهدة وفضل الدَين على الراهن، لما ذكرنا.

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٧٤، «القول الحسن في جواب القول لمن» ص ٢٤٥.

باب من الزيادة في الرهن وقد قضاه بعض المال أو نقص الرهن بعَور أو نحوه

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: ما عرف أن الزيادة في الرهن تصحّ إذا صادفت مزيدا عليه(١)، والولد لايصلح مزيدا عليه حال قيام الأصل، ويصلح بعد هلاك الأصل(٢).

والثاني: أن المرهونة إذا اعْورّت، ثم ولدت ولدا، يجعل الولد الحاصل بعد الاعورار، كالولد الحاصل قبل الاعورار، حتى لايعود شيء من الدّين الساقط بالعور(٣)، لما نذكر في خلال المسائل.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل رهن عند رجل جاريةً تساوي ألفا بألف درهم، فاعورّت عند المرتهن، سقط نصف الدَين(٤)، لأن العين من الآدمي نصفه(٥)، ولهذا كان أرش العين مقدّرا بنصف

---

(١) انظر «المبسوط» ٢١/ ٩٦، «تكملة فتح القدير» ١٠/ ٢١٦، «مختصر اختلاف العلماء» للجصاص ٤/ ٢٩٤، «بدائع الصنائع» ٦/ ١٣٩، وارجع ماسبق في ص ١٢٤٢.

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٩.

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٨.

(٤) انظر «الدر المختار» مع «ردّ المحتار» ٥/ ٣٣٢

(٥) وهذا بخلاف عين الدابة، فإنها إن ذهبت عند المرتهن، وقيمتها مثل الدين، سقط ربع

الدية، ولو هلكت الجارية يسقط جميع الدَين، فإذا هلك نصفها يسقط نصف الدَين[1].

فرّق بينه وبين المبيعة إذا اعورّت بآفة سماويّة قبل القبض، فإنه يخيّر المشتري، إن شاء أخذ بجميع الثمن، وإن شاء ترك، ولايسقط شيء من الثمن.

والفرق: أن ضمان الثمن ضمان بيع، فلايثبت إلا في المبيع، والبيع يتناول الذات، ولايتناول الأوصاف والأطراف، لأن الأطراف تَبع ليست بمحلّ للبيع، ولهذا لايجوز إفرادها بالبيع، فلا يقابلها شيء من الثمن ما لم تصر مقصودة بالاستهلاك.

أما ضمان الرهن ضمان قبض[2]، يثبت بالقبض، ويبقى ببقاءه، والقبض يتناول الكل مقصودا، فكان لها قسط[3] من ضمان الرهن كضمان الغصب[4].

الدين، نصّ عليه السرخسي وقال مبينا الفرق بينهما: هذا بخلاف عين الادمي، فإن بذهاب عينه يسقط نصف الدين، لأن الانتفاع بالدواب من حيث الحمل والركوب، وذلك يمسّها، وإنما يأتي ذلك بأن تمشي بقوائمها وتبصر بعينها، فيتوزّع بدلها على ذلك، وحصّة العينين من ذلك النصف، فبفوات أحدهما يذهب الربع، وأما البصر في الآدمي فمقصود بنفسه، والبطش كذلك، والمشي كذلك، فيجعل كل جنس بمنزلة النفس، فبذهاب إحدى العينين يجعل نصف النفس كالفائت حكما لهذا المعنى. «المبسوط» ٢١/ ١٠٥.

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٨.

(٢) فقد وصف الله تعالى الرهن بالقبض في الآية: ﴿فَرِهانٌ مقبُوضة﴾ (البقرة: ٢٨٣)، فكان هذا وصف لازما لايفارقه الرهن. انظر «المبسوط» ٢١/ ٦٨.

(٣) في الأصل: "قسطا"، وهو خطأ، والمثبت من (ج) و (د).

(٤) ومن هنا لو تعدّى المرتهن في الرهن ضَمِنَه ضمان الغصب بجميع قيمته. راجع القدوري مع اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٥.

فلو زاد الراهن في الرهن جارية تساوي خمسمائة، صحّت الزيادة، لأنها صادفت مزيدا عليه، وهي المرهونة، ويقسّم ما فيها من الدّين يوم الزيادة، وهو خمسمائة، عليها وعلى الزيادة نصفين لاستواء قيمتهما، إذ قيمةُ كل واحدة منهما خمسمائة، فأيتهما هلكت بعد ذلك هلكت بمائتين وخمسين، ويفتك كل واحدة منهما بمائتين وخمسين.

فإن لم تمُت واحدة منهما حتى ولدت الزيادة ولدا يساوي ألفا، قسم ما فيها من الدّين، وهو[1] مائتان وخمسون، بينها وبين ولدها أثلاثا على قدر قيمتهما، فيكونان رهنا بمائتين وخمسين.

ولو لم تلد الزيادة، ولكن ولدت العوراء ولدا يساوي ألفا، ثم هلكت الزيادة، فجاء الراهن يفتك العوراء وولدها، قال: يفتكها بتسعة وثلاثين جزءاً من ثمانين جزء من الدّين.

ووجه ذلك: أن العوراء لما ولدت ولدا انقسم أصل الدّين عليها وعلى ولدها نصفين، يعتبر في الانقسام قيمة الأمّ يوم العقد، وقيمة ولدها يوم الفكاك، ويجعل الولد الحاصل بعد الاعورار كالحاصل قبله[2].

بخلاف المبيعة إذا فقأ البائع عينها قبل التسليم، حتى سقط نصف الثمن، ثم ولدت ولدا، يقسّم الباقي من الثمن، وهو النصف عليها وعلى ولدها، ولايجعل الولد بعد الاعورار كالولد قبل الاعورار.

والفرق: أن عقد الرهن لايبطل، ولاينفسخ بهلاك الرهن، بل يتأكّد[3]؛ لأنه شرع

---

(١) في (ج) و (د): "وذلك".

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٨.

(٣) في الهداية: الرهن يتقرّر بالهلاك، فإذا جنى بعض المحل يعود حكمه بقدره. راجع «الهداية» ٤/ ١٥٥، «فتح القدير» ٨/ ٢٣٩.

للاستيفاء، وبالهلاك يتقرّر الاستيفاء، وتقرّرُ حكم العقد يؤكّد العقد، والمتأكّد قائم[1].

فإذا ولدت ولدا حال قيام العقد، ثبت فيه حكم الرهن تبعا، وصار رهنا بعقد الأم، كأنه حصل قبل الاعورار.

بخلاف المبيعة، لأن هلاك المبيع يوجب انفساخ العقد[2].

فإذا هلك بالاعورار نصفه، انفسخ البيع فيما هلك، وسقط نصف الثمن، والمنفسخ لايعود، فإذا ولدت ولدا لايقسّم كل الثمن عليها وعلى ولدها، بل يقسم نصف الثمن[3].

ألا ترى أن العبد المبيع إذا أبق قبل القبض، وقضى القاضي بسقوط الثمن، ثم عاد العبد من الإباق، لايعود البيع. والعبد الرهن إذا أبق، وقضى القاضي بسقوط الدَّين، ثم عاد العبد من الإباق، عاد الدَّين والرهن[4].

وكذا الشاة المبيعة إذا ماتت قبل القبض، سقط الثمن، فإن دبغ المشتري جلدها

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٥.

(٢) وإليه أشار المرغيناني بقوله: بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض، فدبغ جلدها، حيث لايعود البيع، لأن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض، والمنتقض لايعود، أما الرهن يتقرّر بالهلاك. انظر «الهداية» ٤/ ١٥٥، «فتح القدير» ٨/ ٢٣٩، «الدر المختار» مع «ردّ المحتار» ٥/ ٣٣٥.

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٨.

(٤) ويسقط الدين بحساب نقصان القيمة إن كان هذا أول إباق منه، وإن كان أبق قبل ذلك لم ينقص من الدين شيئ، ونقل في «الفتاوى الهندية» عن «المنتقى» أنه يبطل الدين بقدر ما نقصه الإباق، من غير تفصيل. انظر: «الفتاوى الهندية» ٥/ ٤٥٣، و«الدر المختار» مع «ردّ المحتار» ٥/ ٣٣٥.

لايعود شيء من الثمن[1]، والشاة المرهونة إذا ماتت، ثم دبغ المرتهن جلدها، عاد الدَّين بقدره[2].

والعصير المبيع إذا تخمّر قبل القبض، سقط الثمن، فإن تخلّل بعد ذلك، لايعود البيع[3]، والعصير المرهون إذا تخمّر، ثم تخلّل عاد الدَّين[4].

وإذا جعلنا الولد الحاصل بعد الاعورار كالولد الحاصل قبل الاعورار، انقسم الدَّين عليها وعلى ولدها نصفين، لاستواء قيمتهما، فإذا اعورّت الجارية سقط نصف ما فيها، وهو ربع الدَّين، بقي ثلاثة أرباع الدَّين، نصف في الولد، وربع في الجارية.

(١) لأن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض، والمنتقض لايعود. «الهداية» ٤/ ١٥٥.

(٢) لأن موت الشاة يؤكد عقد الرهن، لأن المرتهن صار مستوفيا بالهلاك عنده، فإذا عادت المالية بالدباغ صارت عقدا قائما، فثبت حكمه بقدره. انظر «الجامع الصغير» ص ٤٨٨، «الهداية» ٤/ ١٥٥، «فتح القدير» ٨/ ٢٣٩، «الفتاوى الهندية» ٥/ ٤٥٣.

(٣) ما ذكره المؤلف رحمه الله يخالف ما جاء في المتون وكتب الفتاوى، فقد صرّح المرغيناني بأن من اشترى عصيرا فتخمّر قبل القبض، يبقى العقد، إلا أنه يتخيّر في البيع لتغيّر وصف المبيع، بمنزلة ما إذا تعيّب. انظر «الهداية» ٤/ ١٥٥، و«فتح القدير» ٨/ ٢٣٩، «الفتاوى الهندية» ٥/ ٤٥٣، «النافع الكبير شرح الجامع الصغير» ٤٨٨.

(٤) مثال ذلك ما ذكره المرغيناني بأن من رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة، فتخمّر، ثم صار خلاً يساوي عشرة، فهو رهن، لأن ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن، إذ المحلية بالمالية فيهما، والخمر وإن لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء. «الهداية» ٤/ ١٥٥، وزاد قاضي خان في فتاواه بأنه يطرح ما نقص من الدين، وعند محمد له تركه بالدين. «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٥٩٥. وانظر «الجامع الصغير» ص ٤٨٨.

فإذا زاد في الرهن جارية تساوي خمسمائة، والولد ما دام تبعاً لايصلح مزيدا عليهَ، وبعد ما صار أصلا لفوات متبوعه يصلح مزيدا عليه، وقد كان الولد تبعا للجارية، فكان كل نصف منه تبعا لنصف الجارية، فإذا هلك بالاعورار نصف الجارية، فات متبوع نصف الولد، فالنصف الذي فات متبوعه صار أصلا، فيصلح مزيدا عليه، والنصف الذي بقي متبوعه، بقي تبعا لايصلح مزيدا عليه، فتقسّم الزيادة القصدية على العوراء، وعلى نصف الولد على قدر ما فيهما من الدَين[1].

والباقي من الدَين بعد الاعورار فيهما ثلاثة أرباع الدَين، نصف الدَين في العوراء مع نصف الولد الذي هو تَبع، وربع الدَين في نصف الولد الذي صار أصلا، فانقسمت الزيادة القصدية عليهما أثلاثا، ثلثُ الزيادة زيادةٌ على نصف الولد، وثلثا الزيادة زيادةٌ على العوراء، ثم يقسم ما في العوراء مع نصف الولد الذي هو تبع على العوراء، وعلى ثلثي الزيادة أخماسا، لأن قيمة العوراء خمسمائة، وقيمة ثلثي الزيادة ثلث الألف، وهو ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث.

فالتفاوت بينهما في قدر سدس الألف، فاجعل كل سدس الألف سهما، فصارت العوراء وقيمتها خمسمائة ثلاثة أسهم، وثلثا الزيادة سهمين، فصارت الجملة خمسة أسهم، ثلاثة حصة العوراء، وسهمان حصة ثلثي الزيادة.

ويقسّم ما في نصف الولد الذي هو أصل، وذلك ربع الدَين، على نصف الولد، وعلى ثلث الزيادة على قدر قيمتهما، وقيمة نصف الولد خمسمائة، وقيمة ثلث الزيادة سدس الألف، فاجعل كل سدس سهما، فصار نصف الولد ثلاثة أسهم، وثلث الزيادة سهما واحدا، فانقسم ربع الدَين على نصف الولد، وعلى ثلث الزيادة أرباعا، فيحتاج إلى

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٨، ١٥٩.

حساب، له نصف أو ربع، ونصفه ينقسم أخماسا، وربعه ينقسم أرباعا فضربَنا مخرَج الربع في مخرج الخمس فكان عشرين، ثم ضربنا ذلك في أربعة فيصير ثمانين، فمنها تصحّ المسألة.

نقول: جعلنا الدَين ثمانين، نصف في الجارية، ونصف في الولد، وسقط بالاعورار نصف ما في الجارية، وهو ربع الدَين عشرون، بقي[1] ستون، أربعون في العوراء مع نصف الذي هو ثلثي الزيادة أخماسا[2]، فيقسّم ذلك عليها وعلى ثلثي الزيادة أخماسا، فانتقل إلى ثلثي الزيادة خمسا الأربعين، وذلك ستة عشر، بقي[3] في العوراء أربع وعشرون، وقسّمنا ما في نصف الولد، وذلك عشرون[4] على نصف الولد، وعلى ثلث الزيادة أرباعا، فانتقل ربع العشرين إلى ثلث الزيادة، وبقي في نصف الولد خمسة عشر.

فالزيادة مرة انتقل إليها خمسة، ومرة انتقل إليها ستة عشر، فصار جملة ما انتقل إلى الزيادة أحدا وعشرين، فإذا هلكت الزيادة القصدية هلكت بأحد وعشرين، وسقط بالاعورار عشرون، بقي من الدَين في العوراء وولدها تسعة وثلاثون، فيفتكهما بتسعة وثلاثين جزأ من ثمانين جزأ من الدَين.

وروى ابن سماعة[5] عن محمد: أن الراهن[6] يفتك العوراء وولدها بتسعة أجزاء

---

(١) وفي (ج) و (د): "يبقى".

(٢) جاءت العبارة في (ج) و (د): "مع نصف الولد الذي هو تبع".

(٣) في (ج) و (د): "ويبقى".

(٤) في (ج) و (د): "وهو عشرون".

(٥) هو محمد ابن سماعة بن عبد الله، أبو عبد الله التميمي، وتقدم ترجمته في ص ٥٨.

من ستة عشر جزءاً من الدَين . ووجهه : أنا جعلنا الولد الحاصل بعد الاعورار كالولد الحاصل قبل الاعورار ، وسقط بالاعورار ربع الدَين ، بقي عليه ثلاثة أرباع الدَين ، فإذا زاد جارية تساوي خمسمائة ، فهذه زيادة فيما بقي من الدَين لا فيما سقط ، لأنه صار مقضيا ، فلايحتاج إلى الرهن .

وإذا جعلناه زيادةً فيما بقي من الدَين ، انقسم ثلاثة أرباع الدين على الزيادة ، وعلى العوراء ، وولدها على قدر قيمتهم ، وقيمة الزيادة خمسمائة ، وقيمة العوراء خمسمائة ، وقيمة الولد ألف ، فاجعل كل خمسمائة سهما ، فصار أربعة ، فيقسّم ثلاثة أرباع الدَين بينهم على أربعة ، فيحتاج إلى حساب ، له ربع ، ولثلاثة أرباعه ربع ، وأقلّ ذلك ستة عشر ، فجعلنا الدَين على ستة عشر ، سقط بالاعورار أربعة ، بقي اثنا عشر ، ستة في الولد ، وثلاثة في العوراء ، وثلاثة في الزيادة .

فإذا هلكت الزيادة هلكت بثلاثة ، بقي من الدَين تسعة ، ستة في الولد ، وثلاثة في العوراء ، فيفتكهما بتسعة أسهم من ستة عشر سهما ، وجواب الكتاب أصحّ ، وقد ذكرنا وجهَه .

ثم إن محمدا فرّق بين الولد وبين الزيادة القصدية ، فقال : بالولد بعد الاعورار يعود بعد ما سقط بالاعورار ، ولايعود بالزيادة القصدية[1] .

والفرق : أنّ الولد ليس برهن قصدا ، لأنه لم يرد عليه العقد ، وإنما جعل رهنا تبعا ، فكان رهنا تبعا للعقد الوارد على الأمّ ، والعقد الوارد على الأم كان رهنا بجميع الدَين ، فلهذا يقسم كل الدَين عليه وعلى الأم .

---

(٦) وفي (ج) و (د) : أنه يفتكه بسقوط الراهن .

(١) أنظر الفرق بينهما عند الكرابسي في «الفروق» ٢/ ١٩٢ .

أما الزيادة جعلت رهنا بتراضيهما قصدا، فتجعل رهنا بالدَين القائم وقت الزيادة، لابجميع الدَين، فلا يعود بسبب الزيادة شيء من الدَين الساقط.

رجل رهن عند رجل جارية تساوي ألفا بألف درهم، ثم قضاه خمسمائة، كان للمرتهن أن يحبس الجارية بما بقي، ؛ لأنها كانت محبوسة بالدَين، فيبقى الحبس ما بقي شيء من الدَين، كحقّ حبس المبيع، يبقى ما بقي شيء من الثمن[1].

فإن هلكت المرهونة، ردّ المرتهن على الراهن الخمسمائة التي استوفاها، ؛ لأن بهلاك الرهن صار مستوفيا جميع دَينه من وقت العقد، لما عُرف أنّ عقد الرهن عقد استيفاء، ويتقرّر ذلك الاستيفاء بالهلاك، وإذا صار مستوفيا كل دَينه من وقت العقد، فأخذ الخمسمائة من الراهن يكون آخذا بغير حق، فيجب عليه ردّها[2].

ولو لم تهلك المرهونة، ولكن الراهن زاد في الرهن بعد قضاء الخمسمائة جارية تساوي خمسمائة، كانت الزيادة مع المرهونة رهنا بخمسمائة، كل واحدة منهما بمائتين وخمسين.

لما ذكرنا أن الزيادة في الرهن زيادة على المرهونة فيما بقي من الدَين، والباقي من الدَين خمسمائة، وذلك في نصف المرهونة، لأن جميع الدَين كان في الجارية، وبقضاء الخمسمائة فرَغ نصفها، وبقي نصف الدَين في نصفها، فكانت الزيادة زيادةً على نصف الجارية، فانقسم نصف الدَين على الزيادة، وعلى نصف المرهونة، وقيمة الزيادة خمسمائة، وقيمة نصف المرهونة خمسمائة، فانقسم نصف الدَين عليهما نصفين، فكانت الزيادة رهنا بمائتين وخمسين.

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٦.

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٤.

فإن ولدت الزيادة ولدا، كانت الزيادة مع ولدها رهنا بمائتين وخمسين، لأن ولد الزيادة تبع للزيادة، وإن ولدت الجارية الأولى ولدا قبل الزيادة أو بعدها، فالجارية الزيادة تكون رهنا بمائتين وخمسين كما كانت، ولاتنتقض القسمة الأولى ولا يعود شيء من الدَين بهذه الولادة، بخلاف ما لو سقط بعض الدَين بالاعورار ثم ولدت ولدا، فإنه يعود شيء من الدَين[1].

والفرق: أنّ في الاعورار لم يصر مستوفيا دَينه حقيقة، وإنما سقط بعض الدَين بنقصان حَلّ في العين، والولد زيادة متولّدة من العين، فينجبر به النقصان، وإذا ارتفع النقصان من حيث المعنى يعود الدَين.

أما الاستيفاء بحكم القضاء أمر حقيقيّ لايرتفع بالولد، فيكون الولد مع الجارية رهنا بما بقي، ولايبطل ذلك الاستيفاء بالولد، فإن هلكت الزيادة وولدها، هلكا بما كان فيهما، وهو مائتان وخمسون، ويفتك الجارية الأولى وولدها بمائتين وخمسين.

ـ والله أعلم ـ

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٨.

باب من الرهن في المكيل والموزون والصرف

ويسمى هذا الباب باب القُلْب[1]

بنى الباب على أصول أربعة:

أحدها: أن الكيلي أو الوزنيّ إذا رهن بجنسه فهلك عند المرتهن، عند أبي حنيفة رحمه الله[2] يصير مستوفيا دَينه بقدره، إن كان وزنه مثل الدَين أو أكثر من الدين[3] يصير مستوفيا جميع الدَين[4]، وإن كان وزنه أقلّ من الدَين، يصير مستوفيا بقدر وزنه، ولاتعتبر الجودة[5].

(١) قُلْبُ الفضة: بالضمّ: سِوارٌ غير مَلويّ، مستعار من: قُلب النخلة، وهو جُمارها لما فيها من البياض. «المغرب» ٢/ ١٩١، «المصباح المنير» ٢/ ٥١٢.

(٢) "رحمه الله" ساقط من (ج) و (د).

(٣) قوله: "من الدين" ساقط من (ج) و (د).

(٤) قال في «الجامع الصغير»: رجل رهن رجلا إبريق فضةّ وزنه عشرة بعشرة، فضاع فهو بما فيه. «الجامع الصغير» ص٤٩٢.

(٥) أصّل العتّابي للباب بقوله: أصل الباب أن المكيل والموزون إذا رهن بجنسه فعلى اعتبار الهلاك، العبرة للوزن دون الجودة عند أبي حنيفة رحمه الله، بمعنى أنه يجعل مستوفيا دينَه بقدر وزنه قدر ما كان مضمونا بالدين، لأن عنده حالة الهلاك حالة الاستيفاء لامحالة، لا حالة التضمين، والاستيفاء إنما يكون بالوزن بقدر المضمون، لابالجودة، لأن اعتبار الجودة في حق الاستيفاء يؤدي إلى الربا. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٨٧.

وعند صاحبيه رحمهما الله كذلك، إن لم يكن في اعتبار القدر إلحاق الضرر بأحدهما، بأن كانت قيمته مثل وزنه[1].

أما إذا كان في اعتبار القدر إلحاق الضرر بالراهن أو المرتهن، بأن كانت قيمته أقل من الوزن أو أكثر، لايصير مستوفيًا، ويصير ضامنا قيمته من خلاف جنسه، فيصير الرهن ملكا للمرتهن بالضمان، ويكون الضمان رهنا مكان الأول[2].

لهما: أنّ في اعتبار القدر وحدَه إبطال الجودة، وإنها مال متقوّم[3]، ولهذا تتقوّم في الغصب، وفي حق الأب والوصيّ والمريض، حتى إن الأب أو الوصيّ إذا باع قُلْباً لليتيم، وزنه عشرة، وقيمته عشرون بعشرة دراهم لايجوز، وكذلك المريض الذي عليه دَين، وكذا لو أوصى به لإنسان، يعتبر خروج الجودة من ثلث ماله.

فكما لايجوز الإضرار لصاحب المال[4] بإبطال حقه عن القدر، لايجوز بإبطال حقه عن الجودة[5].

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن عقد الرهن عقد استيفاء، وفي حقيقة الاستيفاء لاتعتبر

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١.

(٢) راجع للتفصيل: «المبسوط» ٢١/ ١١٦- ١١٧، «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٠، ١٦١، «الهداية» مع «فتح القدير» ٨/ ٢١٢، ٢١٣.

(٣) في (ج) و (د): "وإنها متقوّمة".

(٤) في (ج) و (د): "بصاحب المال".

(٥) وجّه المرغيناني قولهما بأنه لا وجهَ إلى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن، ولا إلى اعبار القيمة، لأنه يؤدي إلى الربا، فصرنا إلى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض، ويجعل مكانه ثم يتملكه. «الهداية» مع انظر «فتح القدير» ٨/ ٢١٢.

الجودة لسقوط اعتبارها عند المقابلة بجنسها[1]، فكذلك في الاستيفاء الحكمي"[2].

بخلاف ما ذكرنا من المسائل، أما الأب والوصيّ؛ فلأن تصرّفهما مقيد بشرط النظر والقربان على وجه الأحسن[3]، وهذا لايُعدّ نظرا، وكذلك المريض المديون؛ لأن حق الغرماء تعلق بماله، فلا يملك إبطال حقهم عن الجودة.

والأصل الثاني: أن الموزون إذا رهن فانكسر، عند أبي حنيفة[4] وأبي يوسف ـ رحمهما الله ـ لايجبر الراهن على الفكاك بل يخيّر الراهن[5]، إن شاء افْتكّه ناقصا بالدّين، وإن شاء ضمنه قيمته[6]، ويصير المضمون ملكا للمرتهن بالضمان، ويصير الضمان رهنا مكان الأول، وليس للراهن أن يجعل الرهن بدَينه، إلا أن عند أبي حنيفة رحمه الله يضمن قيمة ما كان مضمونا بالدَين[7].

---

(١) أي أن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها، واستيفاء الرديء بالجيد جائز، ، وقد حصل الاستيفاء بالإجماع، ولهذا يحتاج إلى نقضه، ولايمكن نقضه بإيجاب الضمان، لأنه لابدّ له من مطالِب ومطالَب، كذا الإنسان لايضمن ملك نفسه، وبتعذّر التضمين يتعذر النقض. «الهداية» ٤/ ١٣٨.

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١، «المبسوط» ٢١، ١١٧، «الهداية» مع «فتح القدير» ٨/ ٢١٢.

(٣) كذا ثبت في الأصل، وجاء في (ج) و (د): "مقيّد بشرط الأحسن والأنظر".

(٤) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١.

(٥) "الراهن" ساقط من (ج) و (د).

(٦) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١، «الهداية» و «فتح القدير» ٨/ ٢١٣.

(٧) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١.

وتفسير ذلك: أنه إن كان وزنه مثل الدَين أو أقلّ من الدين[١]، يضمن قيمته، وإن كان وزنه أكثر من الدَين، بأن كان الدَين عشرة، ووزن الرهن اثني عشر، يضمن قيمة خمسة أسداسه بالغة ما بلَغَت، وتجعل الجودة تبعا للوزن.

وعلى قول أبي يوسف: تجعلُ الجودة كعين مالٍ قائمٍ، فتَشيع الأمانة والضمان فيهما جميعا.

وعلى قول محمد رحمه الله: ما زاد على قدر الدَين من الجودة يعتبر أمانة، إن لم يفُتْ بالانكسار إلا قدر الأمانة، يجبر الراهن على الفكاك [بجميع الدَين][٢]، وإن فات بالانكسار أكثر من قدر الأمانة، خيّر[٣] الراهن: إن شاء افتكّه بالدَين ناقصا، وإن شاء جعله بالدَين[٤].

وبيان هذا الأصل[٥]: إذا كان وزن الرهن عشرة، وقيمته اثنا عشر، والدَين عشرة، فانكسر، عند أبي حنيفة رحمه الله يضمن جميع قيمته، ويصير الرهن ملكا للمرتهن بالضمان.

وعند أبي يوسف يضمن قيمة خمسة أسداسه، كأن وزنه اثني عشر، فيصير خمسة أسداس الرهن ملكا للمرتهن بالضمان، ويكون الضمان مع سدس الرهن رهنا عند

---

(١) قوله: "من الدين" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضفناها من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "يخيّر".

(٤) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١، «الهداية» و«فتح القدير» ٨/ ٢١٣.

(٥) في (ج) و (د): "وبيانه إذا كان"

المرتهن[1].

وعند محمد رحمه الله: إن فات بالانكسار قدر درهمين [لا غير][2]، يجبر الراهن على الفكاك بجميع دَينه، لأن ما فات بالانكسار كانت أمانة، وإن فات بالانكسار أكثر من درهمين، خيِّر الراهن: إن شاء افْتكَّه ناقصا بجميع الدَين، وإن شاء تركه على المرتهن بدَينه، كما لو كانت قيمته عشرة فانكسر، عند محمد له أن يجعله بالدَين لما نذكر، كذلك ههنا[3].

وجه قول محمد: أن الوزن أصل، والجودة تبع، لأن الجودة تقوم بالوزن، والوزن لايقوم بالجودة، والضمان في الرهن أصل، والأمانة تَبع، فيصرف الأصل إلى الأصل، والتبع إلى التبع؛ لأن التبع لايزاحم الأصل[4]، لانعدام المساواة بينهما[5].

ولأبي يوسف رحمه الله: أن ضمان الرهن ضمان قبض، والقبض كما يرد على الوزن يرد على الجودة، وحق صاحب المال معتبر في الجودة كما هو معتبر في الوزن، فتجعل الجودة كعين مال قائم، وتشيع الأمانة والضمان فيهما.

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١.

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١، «الهداية» و «فتح القدير» ٨/ ٢١٣.

(٤) هذه القاعدة عند الحصيري بصيغة: «التبع لايظهر مع ظهور الأصل»، «التحرير في شرح الجامع الكبير» ورق ٥/ ٥٢٠.

(٥) وجّه الإمام السرخسي قول محمد رحمه الله بأسلوب آخر بأن مِن أصل محمد أن الضمان في الوزن، والأمانة في الجودة والصنعة، باعتبار أن الجودة والصنعة تابعة للوزن، وأن الأمانة في المرهون كذلك، فيجعل الأصل بمقابلة الأصل، والتبع بمقابلة التبع. «المبسوط» ٢١/ ١١٩.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنّ الجودة تبع للوزن، فإذا كان الوزن مضمونا، تبعَته الجودة[1].

والأصل الثالث: أنّ الرهن إذا انكسر، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمة الله عليهما ـ[2] يضمن المرتهن قيمتَه، ويصير الرهن ملكا للمرتهن بالضمان، ولايصير مستوفيا دَينه[3].

وعند محمد: إن كانت قيمته مثل وزنه يصير مستوفيا دَينه، ويصير الرهن ملكا للمرتهن بدَينه[4]، فعند محمد حالة الانكسار معتبرة بحَالة الهلاك، إن كان في حالة الهلاك يصير مستوفيا دَينه، ففي الانكسار يصير مستوفيا، وإن كان في حالة الهلاك يكون مضمونا بالقيمة، ولايصير مستوفيا بأن كان عليه[5] إضرار بأحدهما على الوجه الذي ذكرنا، ففي الانكسار يصير مضمونا بالقيمة[6].

وجه قوله: إنّ ضمان الرهن يثبت بالقبض لا بالهلاك والانكسار، لأنه لاصُنْعَ للمرتهن في ذلك، والقبض الواحد لايوجب ضمانَين مختلفين، وضمان القيمة يخالف

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١.

(٢) "رحمة الله عليهما" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

(٤) الإمام محمد رحمه الله يرى الجعل بالدين، لكن عند الإمكان، بأن لا يؤدي ذلك إلى الضرر بالراهن، ولا بالمرتهن، ولايؤدي إلى الربا، فإن أدّى ذلك إلى شيء مما ذكر فإنه لايجعل بالدين أصلا. «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

(٥) في (ج) و (د): "فيه إضرار"، وما ثبت أصح.

(٦) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

ضمان الدَين، لأن ضمان القيمة يفيد الملك في المضمون، وضمان الدَين لايفيد الملك.

ألا ترى أن كفن الرهن يكون على الراهن دون المرتهن، فلايجوز أن يعلّق بقبض الرهن ضمانان مختلفان: ضمان الدّين عند الهلاك، وضمان القيمة عند الانكسار، فلأجل هذه الضرورة اعتبرنا حالة الانكسار بحالة الهلاك.

ولهما: أن عقد الرهن عقد استيفاء، والاستيفاء إنما يكون بالقدر والوزن دون الجودة والصفة، والفائت بالانكسار ليس إلا الجودة، فلا يمكن جعله مستوفيا بالفائت[1].

ولا وجهَ إلى أن يجعل مستوفيا بالقائم، لأنه لو صار مستوفيا بالقائم يصير القائم ملكا للمرتهن بدَينه، وعقد الرهن لايوجب ذلك لما نذكر، فإذا تعذّر جعله مستوفيا دَينه، والراهن لم يرض بقبضه إلا بضمان الدَين، فإذا تعذر[2] ذلك، بقي قبضا بغير إذنه، فيكون مضمونا بالقيمة بمنزلة المغصوب.

والأصل الرابع: أنّ المقبوض إذا صار مضمونا بالقيمة، فإن كانت قيمته مثل وزنه، يضمن قيمته من جنسه، لأنه أقرب إلى المماثلة، وإن كانت قيمته أكثر من وزنه، تجب القيمة من خلاف جنسه، لأنها لو وجبت من جنسه، إن وجبت مثل وزنه يتضرّر المالك بفوات حقه في الجودة، وإن وجبت قيمته بالغة[3] ما بلغت، يؤدّي إلى الربا، فأوجبنا القيمة من خلاف جنسه تحرّزا عن الربا، وصيانةً لحقه في الجودة.

إذا عرفنا هذه الجملة، جئنا إلى المسائل فنقول: الرهن لايخلو من وجوه ثلاثة:

أحدها: أن لايكون كيليّا ولا وزنيا، بل يكون من العروض والحيوان والعدديّات،

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/١٦٢.

(٢) في (ج) و (د): "وتعذر ذلك".

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٦/١٦٣.

أو يكون كيليا أو وزنيا، وذلك على وجهين:

إما أن رهن بجنسه، أو بخلاف جنسه، فإن كان من القسم الأول، فحكمه أن يكون مضمونا بالأقل من قيمته ومن الدَين، إن هلك يهلك بذلك، وإن انتقص يذهب من الدَين بحسابه.

إن كان جميعه مضمونا بالدَين، يذهب قدر قيمة النقصان بالغا ما بلغ، وإن كان بعضه مضمونا، وبعضه أمانة، فالنقصان فيهما جميعا على الحصة، سواء كان النقصان نقصان قدر أو وصف.

وإن كان الرهن من المكيلات أو الموزونات: فإن رهن بخلاف جنسه، فإن هلك يهلك بالأقلّ من قيمته ومن الدَين بالاتفاق[1].

وإن انتقص إن كان النقصان نقصان قدر، يذهب من الدَين بقدره إن كان كله[2] مضمونا بالدَين، وإن كان بعضه مضمونا، وبعضه أمانة، فبحساب ذلك.

وإن كان النقصان نقصان وصف بأن فسد، لايسقط شيء من الدَين، ولكن الراهن بالخيار إن شاء افتكّه ناقصا بالدَين، وإن شاء تركه على المرتهن، وضمنه مثله إن كان مثليّا، وقيمته إن لم يكن مثليا، كالقلْب ونحوه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف[3].

وعند محمد: يخيّر الراهن إن شاء افتكّه ناقصا بالدَين، وإن شاء تركه على المرتهن بدَينه، إن كان جميعه مضمونا، وإن كان بعضه أمانة، يستردّ قدر الأمانة، ويجعل قدر المضمون بالدَين.

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/١٦٢.

(٢) في (ج) و (د): "كان الكل".

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٦/١٦٢.

وإن رهن الكيليّ أو الوزنيّ بجنسه، وهي مسألة الباب، فهو على وجوه ثلاثة:

إما أن كان وزنه مثل الدَين، أو أقلّ من الدَين أو أكثر، فإن كان وزنه مثل الدَين، فهو على وجوه ثلاثة: إما أن كانت قيمته مثل وزنه، أو أقل من وزنه، أو أكثر.

فإن كان وزنه أكثر من الدَين، فهو على وجوه خمسة:

إما أن كانت قيمته أكثر من وزنه، أو مثل وزنه، أو أقل من وزنه أكثر من الدَين، أو أقل من وزنه مثل الدَين، أو أقل من وزنه أقل من الدَين.

فإن كان وزنه أقل من الدَين بأن كان الدَين عشرة، ووزن الرهن ثمانية، فهو أيضا على خمسة أوجه[1]:

إما أن كانت قيمته أقل من وزنه سبعة، أو مثل وزنه ثمانية، أو أكثر من وزنه أقل من الدَين تسعة، أو مثل الدَين عشرة، أو أكثر من الدَين أحد عشر.

وكل ذلك على وجهين: إما أن هلك أو انكسر، فصارت الأقسام ستة وعشرين، وفي تفريع قول محمد يزداد أربع فصول:

الأول: أن يفوت بالانكسار بعض الجودة التي هي أمانة.

والثاني: أن يفوت جميع الجودة التي هي أمانة.

والثالث: أن يفوت مع ذلك شيء من الجودة المضمونة.

والرابع: أن لايفوت بالانكسار شيء.

بدأ الباب بالقسم الأول، وهو ما إذا كان وزن الرهن مثل الدَين:

---

(١) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "على وجوه خمسة".

فقال رحمه الله[١]: رجل رهن عند رجل مذهن فضّةً وزنه عشرة بعشرة دراهم، فإن كانت قيمته مثل وزنه فهلك، يهلك بالدّين عند الكل، ، لأن في وزنه وقيمته وفاء بالدّين، وإن انكسر، فصار يساوي ثمانية عند أبي حنيفة وأبي يوسف، يخيّر الراهن: إن شاء افتكّه بالدّين، وإن شاء ضمن المرتهن قيمته من جنسه[٢].

ويكون الضمان رهنا عند المرتهن، ويصير المضمون ملكا للمرتهن، لأنه إن ذهب شيء من الدّين بذهاب الجودة يكون ربا، وإن أجبر الراهن على الفكاك بجميع دَينه يتضرّر الراهن بفوات حقه في الجودة، فيخيّر على الوجه الذي ذكرنا، كالقُلب المغصوب إذا انكسر عند الغاصب، يخيّر المالك[٣]: إن شاء أخذه، وإن شاء ضمنه [قيمتَه][٤] بالغة ما بلغت، كذلك هنا.

وعلى قول محمد: يخيّر الراهن إن شاء افتكّه بجميع الدّين، وإن شاء جعله بالدّين، فيصير ملكا للمرتهن بدَينه، وليس للراهن أن يضمنه قيمته، لأنه لاوجه لأن يجبر على الفكاك، لما قلنا، ولا وجه لأن يذهب شيء من الدّين بسبب الجودة، ولا وجه لتضمين القيمة، لما ذكرنا في أصل الباب، فيصير مستوفيا الدّين، كما لو هلك، وعنده حالة الانكسار معتبرة بحالة الهلاك[٥].

وهو نظير ما قال محمد رحمه الله: رجل رهن عبدا يساوي ألفا بألف، فقتله عبد

---

(١) "رحمه الله" أثبتناه من (ج) و (د). أي: قال الإمام محمد.

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

(٣) في (ج) و (د): الهالك وهو تصحيف.

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٥) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

قيمته مائة، ودفع به، خيِّر الراهن إن شاء افْتكَّه بألف، لأن الثاني قام مقام الأول لحما ودما، وإن شاء جعله بالدَّين.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: ليس له أن يجعله بالدَّين، لأنه من أحكام الجاهلية[1]، قال عليه السلام: «لايَغْلَقُ[2] الرهنُ»[3]، وتفسيره جعل الرهن بالدَّين،

---

(١) إنه روي عن إبراهيم والزهري في تأويل قوله "لا يغلق الرهن" أن أهل الجاهلية كانوا يَرهَنون على أنه إن لم يأته بالمال وقت كذا، فهو له، فأبطل النبي صلى الله عليه وسلم ذلك بقوله "لا يغلق الرهن". يعني أنه لا يُملك بالدين، وقد حكي عن جماعة من أهل اللغة أن العرب تقول: "غَلِقَ الرهن" إذا ذهب بغير شيء. انظر «مصنف عبد الرزاق»٨/ ٢٣٧، و«شرح مختصر الطحاوي» ١/ ٢٠٦.

(٢) يَغْلَق: بفتح الياء واللام وسكون الغين، يقال: غلِق الرهن، من باب لبِس: إذا استحقه المرتهن، ومنه قوله: "أذن لعبده في التجارة وغَلِقت رقبته بالدين"، أي استحقت به فلم يقدر على تخليصها، وغلق الرهن: بقي في يد المرتهن لايقدر راهنه على تخليصه، والمعنى أنه لا يستحقه المرتهن إذا لم يستفكه صاحبه. انظر «المغرب» ٢/ ١٠٩، «النهاية» لابن الأثير ٣/ ٣٧٩.

(٣) هذا الحديث رواه الشافعي في الأم عن ابن المسيب مرسلا، وعن أبي هريرة مرفوعا بالفظ: "لا يغلق الرهن الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه و عليه غرمه"، ثم قال: "وبهذا نأخذ، واختلف المحدثون في إرساله واتصاله: أخرجه الدار قطني متصلا وقال: "هذا إسناد حسن متصل" وأخرجه ابن حبان في صحيحه، والحاكم في المستدرك وقال: هذا حديث صحيح أعلى الإسناد على شرط الشيخين ولم يخرجاه". أخرجه أبو داود في مراسيله، وقال: "قوله: "غنمة وعليه غرمه" من كلام سعيد بن المسيب، نقله عنه الزهري، وقال: هذا هو الصحيح". وكذلك رواه مرسلا البزار، والدار قطني، وابن القطان، وعبد الرزاق، وابن أبي شيبة في مصنفهما. انظر: الأم ٣/ ١٦٧، ١٦٨؛ سنن الدار قطني ٣/ ٣٢؛ المستدرك ٢/ ٥١؛ السنن الكبرى ٦/

ولهذا قلنا: إن العبد الرهن إذا أبق لايصير ملكا للمرتهن، فملك الرهن بالدّين ليس من أحكام يوجبه عقد الرهن(١).

أما ضمان القيمة حكم يوجبه عقد الرهن، ولهذا قال محمد رحمه الله بوجوب ضمان القيمة إذا كانت قيمته أكثر من وزنه، ولأن عقد الرهن عقد استيفاء، فلا بد من أن يكون مضمونا بالقيمة، ليصير مستوفيا بطريق المقاصّة، علم أن ضمان القيمة حكم يُلائم الرهن، فيجوز المصير إليه إذا تعذّر الاستيفاء.

وإن كانت قيمته أقلّ من وزنه ثمانية، فهلك عند أبي حنيفة، يصير مستوفيا جميع دَينه اعتبارا للوزن، وعندهما: يضمن قيمته من خلاف جنسه، فيكون رهنا مكان الأول، لما قلنا في أصل الباب(٢).

قالوا: هذه المسألة فرع لمسألة أخرى: رجل له على رجل [دراهم](٣) جياد، فأوفاه زيوفا، ولم يعلم به حتى أنفقها، عند أبي حنيفة لايرجع عليه بالجياد(٤)، وعند أبي يوسف يردّ زيوفا مثل زيوفه، ويرجع بالجياد.

---

٤٤٢ مصنف عبدالرزاق ٨/ ٢٣٧.

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١.

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٤) ذكر الكاساني أن من أصل أبي حنيفة أنه يجوز استيفاء الزيوف من الجياد، حتى لو أخذ صاحب الدين الزيوف عن الجياد، ولم يعلم به حتى هلك عنده، سقط دينه. وعند أبي يوسف لايسقط، بل يردّ مثل ماقبض، ويأخذ مثل حقّه، فمن أصله: أنه لايجوز استيفاء الزيوف عن الجياد. ثم خرّج الكاساني على هذه الأصول عدة مسائل. راجع «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١.

ووجه البناء على تلك المسألة: أنّ عقد الرهن عقد استيفاء، وفي حقيقة الاستيفاء عند أبي حنيفة يعتبر الوزن، ولا تعتبر الجودة، فكذلك فيما هو استيفاء حكما[1].

وعندهما في حقيقة الاستيفاء يعتبر حق صاحب المال في الجودة، فكذلك فيما هو استيفاء حكما، إلا أن بينهما فرقا من وجه، وهو أنّ هناك لو قبض مع العلم بكونه زيوفا، لايردّ، ويبطل حقه في الجودة، وههنا لايسقط؛ لأن هناك يصير مستوفيا بالقبض، فإذا قبض مع علمه بذلك يسقط حقه في الجودة، أما ههنا لايصير مستوفيا عند القبض، وإنما يصير مستوفيا عند الهلاك، والهلاك موهوم، عسى يكون، وعسى لايكون، فلا يكون[2] راضيا بسقوط حقه في الجودة[3].

فإن قيل: كيف يكون هذا بناء على تلك المسألة، وفي تلك المسألة قول محمد مع أبي حنيفة، وهنا قول محمد مع أبي يوسف؟ قلنا: روى عيسى بن أبان رحمه الله في تلك المسألة قول محمد مع قول أبي يوسف[4].

وإن كانت قيمته اثني عشر أكثر من وزنه، فإن هلك يصير مستوفيا دَينه عند الكل، لأن في وزنه وقيمته وفاء بالدَين، وزيادة[5].

وإن انكسر، عند أبي حنيفة يضمن جميع قيمته من خلاف جنسه، لأن في حالة

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١.

(٢) في (ج) و (د): "فلا يصير".

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١.

(٤) ولذا صرّح الكاساني بأن الإمام محمد ذهب إلى قول الإمام أبي حنيفة، إلا أن محمدا ترك أصله في الرهن. «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١.

(٥) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١.

الانكسار عنده الواجب ضمان القيمة، وجميع القدر مضمون، فتَبعته الجودة، وعند أبي يوسف يضمن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسه، لما عرف من أصله في أصل الباب، فيضمن خمسة أسداسه، ويكون سُدس القلب مع الضمان رهنا عنده[1].

ولا يقال: لو صار سُدس القلب رهنا مع الضمان، وخمسة أسداسه ملكا للمرتهن يصير مُشاعا، والشيوع مانع من صحّة الرهن. طارئا كان أو مقارنا، لأنا نقول: هذا شيوع طارٍ، وعند أبي يوسف في قوله الآخر: الشيوع الطارئ لايمنع.

وعند محمد: إن انتقص بالانكسار من قيمته درهم أو درهمان، أجبر الراهن على الفكاك، ويصرف النقصان إلى الأمانة، وفوات الأمانة لايعتبر، وإن انتقص أكثر من ذلك، فقد فات شيء من الجودة المضمونة، فيخيَّر الراهن إن شاء افْتكّه ناقصا بجميع الدَّين، وإن شاء جعله بالدَّين؛ لأن عنده حالة الانكسار معتبرة بحالة الهلاك، وفي حالة الهلاك يكون مضمونا بالدَّين، فكذلك في الانكسار[2].

ثم ذكر محمد رحمه الله سؤالا على أبي يوسف في هذا الفصل، فقال:

فصل الهلاك يلزم أبايوسف، فإنه قال[3]: لو هلك سقط جميع الدَّين عند الكل، ولا يخلو إما أن يصير مستوفيا دَينه بالوزن دون الجودة، أو بالجودة، فإن جعله مستوفيا بوزنه فقد ترك أصله، لأن من أصله أنّ الجودة كعين مال قائم، وتشيع الأمانة والضمان فيهما، فكان هذا منه تَرْكا لأصله، وأخذا بقول محمد.

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

(٣) "قال" ساقط من (ج) و (د)، وثبوته أصح. كما سقط "فإنه" من الأصل، وأثبتته من (ج) و (د).

وإن جعله مستوفيا باعتبار القيمة يؤدي إلى الربا، لأنه يصير مستوفيا دَينه من القُلب بما يساوي عشرة، وذلك خمسة أسداس القلب، وخمسة أسداس القلب وزنه ثمانية وثلث، واستيفاء العشرة من ثمانية وثلث يكون ربا.

والجواب عن هذا أن نقول: إنما لاتعتبر الجودة في الاستيفاء ضرورة اتحاد الجنس، كيلا يؤدي إلى الربا، [وليصير وزنه وفاء بالدَين](1)، وفي وزنه وفاء بالدَين، ولا ضرورة في ضمان القيمة، لأن القيمة إنما تجب من خلاف الجنس، فلا يؤدي إلى الربا.

وأما القسم الثاني: وهو ما إذا كان وزنه أقل من الدَين ثمانية(2):

ففي الوجه الأول من هذا القسم: وهوما إذا كانت قيمته مثل وزنه: إن هلك، يصير مستوفيا من دَينه ثمانية عند الكل، لأن في وزنه وقيمته وفاء بهذا العدد.

وإن انكسر، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف يخير الراهن، إن شاء افْتكَّه بجميع الدَين، وإن شاء ضمنه قيمته من جنسه، فيكون الضمان رهنا مكان الأول، ويصير المرهون ملكا للمرتهن بالضمان، وعند محمد إن شاء افْتكَّه بالدَين، وإن شاء جعله للمرتهن بثمانية من الدَين اعتباراً لحالة الانكسار بحالة الهلاك(3).

وفي الوجه الثاني من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه سبعة: إن هلك، عند أبي حنيفة يصير مستوفيا ثمانية اعتبارا للوزن، وعندهما يضمن قيمته من خلاف جنسه، لأنه لو صار مستوفيا ثمانية يتضرّر المرتهن لفوات حقه في الجودة، ولو صار

---

(1) كان في الأصل: "يصير وفاء بالدين"، والمثبت بين المعكوفتين من (ج)، وهو أولى.

(2) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

(3) المرجع السابق.

مستوفيا سبعة يؤدي إلى الربا، فيضمن قيمته من خلاف جنسه[1].

وإن انكسر يخير الراهن، إن شاء افْتكَّه بالدَين، وإن شاء ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه عند الكل[2].

أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ فلان عندهما حالة الانكسار حال تضمين القيمة، وأما عند محمد؛ فلأن عنده حالة الانكسار معتبرة بحالة الهلاك، وعنده في الهلاك يكون مضمونا بقيمته من خلاف جنسه، فكذلك عند الانكسار.

وفي الوجه الثالث من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه، أقل من الدَين تسعة، وفي الوجه الرابع من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته مثل الدَين عشرة[3]:

إن هلك، عند أبي حنيفة رحمه الله يصير مستوفيا من دَينه ثمانية اعتبارا للوَزن، وعندهما يضمن قيمته من خلاف جنسه احترازا عن الربا والضرر.

وإن انكسر، فالراهن بالخيار إن شاء افْتكَّه بالدَين، وإن شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه عند الكل، أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ فلأن حالة الانكسار عندهما حال تضمين القيمة، وأما عند محمد؛ فلأن حالة الانكسار معتبرة بحالة الهلاك، وفي حالة الهلاك يضمن قيمته، فكذلك في الانكسار[4].

وفي الوجه الخامس من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه، وأكثر من

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

الدَين اثني عشر:

إن هلك، عند أبي حنيفة يصير مستوفيا من دَينه ثمانية اعتبارا للوزن، وعندهما يضمن مقدار الدَين، وذلك عشرة قيمته من خلاف جنسه، ولا ضمان عليه في الزيادة؛ لأنها هلكت أمانة.

وإن انكسر، فعند أبي حنيفة: الراهن بالخيار، إن شاء افتكّه بجميع دَينه، وإن شاء ضمنه قيمته بالغة ما بلغت من خلاف جنسه؛ لأن الجودة تبع للوزن، والوزن كله مضمون، فتَبعته الجودة[1].

وعند أبي يوسف: إن شاء افتكّه بالدَين، وإن شاء ضمنه [قيمة][2] خمسة أسداسه من خلاف جنسه، ويكون الضمان مع سدس القُلب رهنا، وخمسة أسداس القلب يكون ملكا للمرتهن بالضمان لما عرف من أصله.

وعند محمد: إن انتقص بالانكسار درهم أو درهمان، أجبر الراهن على الفكاك؛ لأن النقصان مصروف إلى الأمانة، وإن كان النقصان أكثر من ذلك، كان للراهن أن يضمن المرتهن ما يساوي عشرة من خلاف جنسه، اعتباراً لحالة الانكسار بحالة الهلاك.

وأما القسم الثالث: وهو ما إذا كان وزن القلب أكثر من الدَين خمسة عشر[3]:

ففي الوجه الأول من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته مثل وزنه خمسة عشر: إن هلك، يهلك بالدَين عند الكل، لأن ثلثيه وفاء بالدَين، فيهلك ثلثاه بالدَين، والباقي أمانة.

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٣.

وإن انكسر، عند أبي حنيفة وأبي يوسف: إن شاء افْتكَّه بالدَّين، وإن شاء ضمنه ثلثي قيمته من جنسه، ويكون الضمان مع ثلث المكسور رهنا مكان الأول، ويصير ثلثا المكسور ملكا للمرتهن بالضمان.

وعند محمد رحمه الله: يخير الراهن، إن شاء افْتكَّه بالدَّين، وإن شاء جعل ثُلثيه بالدَّين اعتباراً لحالة الانكسار بحالة الهلاك.

وفي الوجه الثاني من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه مثلا عشرين: إن هلك، يصير مستوفيا دَينه بثلثيه عند الكل.

وإن انكسر، فعند أبي حنيفة: الراهن بالخيار، إن شاء افْتكَّه بالدَّين، وإن شاء ضمن المرتهن ثلثيه من خلاف جنسه وذلك ثلاثة عشر وثلث، لأن المعتبر هو الوزن والدَّين قدر ثلثي وزنه، فكان ذلك القدر مضمونا بجودته بالغة ما بلغت.

وعند أبي يوسف: يضمن قيمة نصفه من خلاف جنسه، لأن عنده الجودة كعين مال قائم، فكان نصفه مضمونا، ونصفه أمانة، فيضمن في الانكسار نصف قيمته من خلاف جنسه، ويصير نصف المكسور ملكا للمرتهن بالضمان.

وعند محمد: إن فات [المرهون](1) بالانكسار خمسة أو أقل، يجبر الراهن على الفكاك، وإن انتقص أكثر من خمسة، خيِّر الراهن إن شاء افْتكَّه بجميع الدَّين، وإن شاء جعل ثلثيه بالدَّين، واستردّ الثلث؛ لأن النقصان إذا كان أكثر من خمسة ينتقص قيمة ثلثيه عن عشرة، فيفوت شيء من الجودة المضمونة ضرورة، وعند ذلك تعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك(2).

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبته من (ج) و (د).

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

وفي الوجه الثالث من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته أقل من الوزن، وأكثر من الدَين، بأن كانت اثني عشر فهلك، عند أبي حنيفة يصير مستوفيا دَينه من ثلثيه اعتبارا للوزن، وعندهما يضمن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسه، وهو مقدار الدَين، لأنه لو صار مستوفيا دَينه بثلثيه اعتبارا للوزن، يبطل حق المرتهن في الجودة، ولو صار مستوفيا دَينه بخمسة أسداس قيمته، يكون ربا؛ لأن وزن خمسة أسداسه اثني عشر ونصف، وقيمة خمسة أسداسه عشرة، فيكون ربا[1].

وإن انكسر، عند أبي حنيفة يضمن ثلثي قيمته، ثمانية من خلاف جنسه؛ لأن المضمون من الوزن قدر ثلثيه، وعندهما يضمن قدر الدَين خمسة أسداس قيمته من خلاف جنسه.

وفي الوجه الرابع من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته مثل الدَين عشرة: إن هلك، عند أبي حنيفة يصير مستوفيا دَينه من ثلثيه اعتبارا للوزن، وعندهما يضمن جميع قيمته؛ لأن قيمته مثل الدَين، لا فضلَ فيها، وتعذّر جعله مستوفيا لما قلنا[2].

وإن انكسر، عند أبي حنيفة، يضمن ثلثي قيمته من خلاف جنسه اعتبارا للوزن، وهو ستة وثلثان، وعندهما يضمن جميع قيمته من خلاف جنسه؛ لأن كل القيمة مضمونة.

وفي الوجه الخامس من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته أقل من الدَين بأن كانت تسعة، فالجواب فيه في الهلاك والانكسار ما ذكرنا في الوجه الرابع[3].

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٣.

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

ثم ذكر محمد رحمه الله في الكتاب فقال: لو كان وزن القُلب ثمانية، وقيمته اثني عشر، والدَين عشرة، فهلك، أو احترق، أو انكسر، فإنما يذهب بثمانية في قول أبي حنيفة رحمه الله.

وهذا الجواب جواب الهلاك والاحتراق، لا جواب الانكسار على ما ذكرنا، جمع محمد رحمه الله بين الأسئلة، وأجاب عن بعضها، وكثيرا ما صنع مثل هذا في الكتاب.

هذا إذا كان الرهن إبريقا، أو قُلبا، أو مدهنا.

فإن كان مكيلا بأن كان له على رجل مائة درهم، فرهنه بها كرّ حنطة يساوي مائتي درهم، فهلك الرهن صار مستوفيا دَينه عند الكل، لأن فيه وفاء بالدَين وزيادة.

وإن أصابه ماء ففسد، فعند محمد رحمه الله: الراهن بالخيار إن شاء افتكّه بجميع الدَين، وإن شاء جعل نصفه بالدَين، ويصير الكرّ الفاسد بينهما [نصفين][1]، لأن عنده حالة الانكسار معتبرة بحالة الهلاك، والمضمون بالدَين نصفه، فكان له أن يجعل نصفه بالدَين.

وقال أبو يوسف: للراهن أن يضمن المرتهنَ نصف كرّ مثل المقبوض، ويميّز نصف الكرّ الفاسد، فيضمّ إلى ما ضمن، فيكون رهنا عند المرتهن، وهو والانكسار في القلب سواء على ما بيّنا.

ولم يذكر قول أبي حنيفة، واختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: عند أبي حنيفة يغرم المرتهن كرّا مثل المقبوض، ويصير الفاسد ملكا له بالضمان، كما في القُلب إذا انكسر.

وقال القاضي الإمام أبو عاصم العامري[2] رحمه الله: عند أبي حنيفة يضمن

---

(١) في الأصل: "نصفان"، وما ثبت من (ج) و (د)، وهو الصحيح.

(٢) هو محمد بن أحمد، القاضي، الإمام، أبو عاصم، العامري، وفي «الجواهر المضية: كان

المرتهن نصف الكرّ المقبوض كما هو قول أبي يوسف، وهو الصحيح، لأن عند أبي حنيفة يعتبر الوزن[1]، ولا تعتبر الجودة في الأموال الربوية عند مقابلتها بجنسها. أما عند اختلاف الجنس تعتبر الجودة، والحنطة ليست من جنس الدراهم، فيجب اعتبار الجودة، فكان المضمون بالدَين نصف الكرّ؛ لأن فيه وفاء بالدَين، فعند فساد الكرّ لايضمن أكثر من نصف الكر، بخلاف مسألة القُلب.

وإذا غرم نصف كرّ جيد يساوي مائة، يقسّم الدَين على نصف كرّ فاسد يساوي خمسين، وعلى نصف كرّ جيد يساوي مائة، فيقسّم الدَين بينهما أثلاثا، ثلثاه في الجيد، وثلثه في الفاسد، كالجارية المرهونة إذا ولدت ولدا يساوي خمسمائة، وقيمة المرهونة ألف، ينقسم الدَين بينهما أثلاثا.

ثم شنّع محمد على أبي يوسف رحمه الله، فقال: لو أصاب هذا النصف الجيد ماء، ففسد[2]، وقد كان ثلثا هذا النصف مضمونا، وثلثه إمانة، لأن ثلث الدين كان في النصف الفاسد، ففي قياس هذا القول إذا فسد النصف الجيد، يميز منه ما كان أمانة، وهو ثلث النصف الجيد، ويقوّم ثلثي هذا النصف، ويكون ما ضمن رهنا عنده مع الطعام الفاسد، فإن أصاب الجيد ماء بعد ذلك فافسده، يعزل منه قدر الأمانة، ويضمّ إلى الطعام الفاسد،

قاضيا، إماما بدمشق، ومن تصانيفه المبسوط نحو من ثلاثين مجلدا، وذكر التقي التميمي أنه يقال له: "أبو عاصم" و"أبو عصمة"، ونقل اللكنوي عن السمعاني أن العامري نسبة إلى عامر بن لؤي وعمر بن صعصعة وعامر بن عدي.

ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١٩٣٨، «الطبقات السنية» برقيم ١٨٨٣، «الفوائد البهية» ص ١٦٠، كتائب أعلام الأخيار برقم ٢٢٩.

(١) في (ج) و (د): "المعتبر هو الوزن".

(٢) في (ج) و (د): "وفسد".

فلا يزال يدور هكذا إلى أن لايبقى من الطعام الجيد إلا قفيزا وشيء يسير، فيجبر الراهن على أن يفتك الطعام الفاسد بجميع دينه، وفيه من الضرر ما لايخفى.

وأبو يوسف يجيب عن هذا، فيقول: مثل هذا جائز عند قيام الدليل، ألا ترى أنه لورهن جارية تساوي ألفا فتراجع سعرها إلى مائة، يجبر الراهن على الفكاك، وكذا لو قتلها عبد قيمته[1] مائة، ودفَع بها حتى صار رهنا مكان الجارية، فإنه يجبر الراهن على الفكاك.

وإن كان رهَنَ ألفا، وافتَكّ مائة، فإن كان الدين كرّ حنطة رديء يساوي مائة، فرهن به نصف كرجيّد يساوي مائة، فإن هلك يصير مستوفيا نصف دينه باعتبار القدر، ويبقى على الراهن نصف كرّ رديء.

وعندهما: يغرم المرتهن نصف كرّ جيد دفعا للضرر، وهو والقُلْب سواء، وإن أصابه ماء ففسد، يغرم المرتهن مثل ما قبض نصف كرّ جيّد في قولهم، ويكون الفاسد للمرتهن بالضمان، والفساد في الحنطة بمنزلة الانكسار في القلب، وثمّة عند أبي حنيفة وأبي يوسف في الانكسار يضمن القيمة، فكذلك هنا[2].

وعند محمد: في القلب تعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك، فكذلك في الفاسد تعتبر حالة الفساد بحالة الهلاك.

فإن[3] ملك المرتهن الفاسدَ بالضمان، وقبضه، فوجده بسبب الابتلال زائدا بقفيز أو قفيزين، ينبغي له أن يتصدق بالفضل، لأنه ملك بنصف الكر نصف كرّ وزيادة، فيؤدي

(١) في (ج) و (د): "يساوي".

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

(٣) في (ج) و (د): "وإذا".

إلى الربا، إلا أن هذه المقابلة لم تكن مشروطة فتوجب الخبث، ولاتمنع الجواز، فيستحبّ له التصدق، وهو المغصوب سواء.

ولو كان الدين كرّ حنطة رديّة تساوي مائة، فرهنه بها كحنطة جيدة يساوي مائتين، فإن هلك هلك بالدين في قولهم، وإن فسد يضمن المرتهن كرا جيدا في قول أبي حنيفة، لأنه يَعتبر القدرَ إذا رهن بجنسه، ويجعل الجودةَ مضمونةً تبعا للقدر.

وعند أبي يوسف: يضمن نصفه؛ لأنه يجعل الجودة كعين مال قائم، فتشيع الإمانة والضمان فيهما.

وعند محمد: إن كان النقصان إلى مائة أجبر الراهن على الفكاك، وإن زاد على ذلك، إن شاء افتكه، وإن شاء جعله بالدين، وهو وما تقدم سواء.

- والله أعلم -

باب من الرهن ينتقص في السعر أو في البدن

بنى الباب على أصل: وهو أن ضمان الرهن ضمان قبض حتى يثبت بالقبض، ويبقى ببقائه، فكلّ ما يدخل في القبض بقدر الدين يكون مضمونا، وما لا فلا[1].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل رهن عند رجل عبدا يساوي ألفا بألف، فانتقص شيء من عينه[2]، ذهب من الدين بقدره؛ لأنه فات بعض ما ورد عليه القبض، ولو ذهب كله يذهب كل الدين[3]، فإذا ذهب بعضه يذهب بقدره، كما في الغصب، ولا خيار للراهن قلّ النقصان أو فحش.

فرّق بين هذا وبين الغصب: في الغصب إذا فحش النقصان يخيّر المالك، إن شاء ضمنه كل القيمة، وترك المغصوب، وإن شاء أخذ المغصوب، وهنا لا خيار للراهن فيما بقي.

والفرق: أن ضمان الغصب ضمان استهلاك، والنقصان الفاحش استهلاك حكما، فكان له أن يضمنه جميع القيمة، أما ضمان الرهن ضمان استيفاء، لا ضمان استهلاك، لأن هذا قبض حصل بإذن المالك، إلا أن الاستيفاء من خلاف الجنس لايكون [إلا][4]

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٥.

(٢) سواء كان النقصان في قدره أو وصفه، كما صرح به قاضي خان في فتاواه، راجع «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦٠٩.

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٤، ١٥٥.

(٤) "إلا" ساقط من الأصل، وأثبتناه من (ا) و (ب) و(ج)، و الكلام لا يستقيم بدونه.

بطريق الضمان، فكان الضمان من ضرورات الاستيفاء، وشرط تقرّر الاستيفاء الهلاك، فبقدر ما بقي لم يتقرّر الاستيفاء، فلا يتخيّر الراهن بل يجبر على الفكاك.

هذا إذا انتقص شيء من[1] عينه، فإن انتقص سعره لا عينه، فصار يساوي مائة، يجبر الراهن على الفكاك، ولا يسقط شيء من الدين عندنا[2].

وذكر في "كتاب الرهن": على قول زفر يسقط من الدين بقدره[3].

وجه قوله: إن المضمون مالية الرهن لاعينه؛ لأنه عقد استيفاء، والاستيفاء يكون من المالية لا من العين، وقد فات بعض المالية، فيسقط من الدين بقدر ما فات[4].

ولنا: أن ضمان الرهن ضمان قبض، والمقبوض قائم لم ينتقص، لأن نقصان السعر لايتعلق بالعين، بل هذه فترة يحدث[5] الله في قلوب العباد، فتقلّ قيمته بقلّة الرغائب[6]، وتزداد بزيادتها، ولهذا لايعتبر هذا النقصان في فصل[7] الغصب، بخلاف

---

(١) "من" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦٠٩.

(٣) «المبسوط» ٢١/ ١٠٥.

(٤) الإمام زفر رحمه الله قاسَ هذه المسألة على نقصان العين، ولو نقصت العين هلك مايقابل النقص، فلو كان الرهن شاتين، كل واحدة بعشرة، فهلكت واحدة سقط ما يقابلها من الدين، فكذلك هنا، لأن المعتبر في المرهون القيمة دون العين، فمن هنا اختلف الرهن عن سائر الضمانات، أما ضمان الغصب فهو ضمان للعين ذلك، لأنه مطالب أن يردّ عين المغصوب، فإذا تعذر ردّ القيمة، وكذلك ضمان البيع. «المبسوط» ٢١/ ١٠٥.

(٥) في (ج) و (د): "يحدثها".

(٦) في (ج) و (د): "الرغبات".

نقصان العين؛ لأن الأجزاء والأوصاف تفرد بالقبض، فتفرد بضمان القبض[1].

وإن اعتبرنا ضمانَ الرهن بضمان العقد، فنقصان السعر لايؤثّر في ضمان العقد، ولهذا لو انتقص سعر المبيع قبل القبض لا يتخيّر المشتري، ويتخير في نقصان العين.

فإن تراجع سعر الرهن إلى مائة، ثم قتله عبد يساوي مائة خطأً، ودفع به يجبر الراهن على أن يفتكه بجميع الدين عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وفي قول[2] محمد يخيّر الراهن إن شاء افْتكّه بالدين، وإن شاء جعله بالدين، لأن ضمان الرهن إما أن يعتبر بضمان العقد أو بضمان القبض، وبأيّهما يعتبر يثبت الخيار، فإنه لو اشترى عبدا يساوي ألفا، وقتله عبد يساوي مائة قبل القبض، ودفع به، يخير المشتري وكذا لو قتل المغصوب عبد قليل القيمة، ودفع به يخيّر المالك، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه على الغاصب بالقيمة، كذلك هنا.

ولهما: أنه لاوجه لتمليك الرهن بالدين، لأن ذاك حكم باطل على ما ذكرنا، وعقد الرهن لا يفيد ملك الرهن، بخلاف الغصب، فإنه يملك العين بالضمان، ولهذا لو عاد المغصوب من الإباق بعد ما قضى القاضي على الغاصب بالقيمة، عاد على ملك الغاصب،

---

(٧) "فصل" ساقط من (ج) و (د).

(١) وهذا ه الراجح لأن نقصان السعر وغَلاته ليس في يد أحد، لأن ذلك راجع إلى رغبات الناس في العين، ، فكلما زادت الرغبة زاد السعر، وكلما قلت الرغبة قل السعر كذلك، وإن اختلاف الأوقات والمواسم والأماكن له أثر في ذلك، فلو قلنا بضمانه من قِبل المرتهن يتضرر بذلك، ويؤدي إلى سدّ باب الرهن والمعاملات، لأن الشخص لايبيع بالرهن إذا علم أنه مؤاخذ بنقصانه، فيوقع الناس في حرج. انظر «المبسوط» ٢١/ ١٠٥.

(٢) في (ج) و (د): "عند"

وبخلاف تمليك المبيع من البائع، فإن ذلك ممكن، فإنهما لو تفاسخا البيع يعود المبيع إلى ملك البائع، أما ضمان الرهن لا يوجب ملك الرهن بحالٍ ما، فإذا تعذر الجعل بالدين تَعيّن الفكاك، ولا يسقط شيء من الدين.

وعند زفر: يسقط من الدين تسعمائة؛ لأن الثاني قام مقام الأول لحما ودما، فصار كأن الأول قائم، وتراجع سعره إلى مائة، عندنا لا يسقط، فهذا كذلك.

وإن قتله حرّ خطأً بعد ما تراجع سعره إلى مائة، وغرم القاتل مائة يأخذ المرتهن المائةَ بالمائة من دينه، ويذهب باقي الدين، بخلاف ما لو قتله عبد قيمته مائة، فإنه لا يذهب شيء من الدين عندنا.

والفرق بينهما أن المائة لا يتصور أن تكون مضمونة بألف، فلا يستوفى بالمائة إلا مائة، فلا يمكن القول ببَقاء ما زاد عليها من الرهن، فالزيادة على المائة تلَفت في ضمان المرتهن، فيسقط ما يقابلها من الدين ضرورةً.

أما العبد وإن قلّت قيمته، فهو ليس من جنس الدين، أمكن استيفاء الألف منه، فجاز أن يقوم العبد مقام الرهن، فلا يظهر هلاك الرهن حتى لو غرم الحر القاتل القيمة من الدنانير، أو كان القاتل من أهل الإبل والغنم، فقضى القاضي عليه بالإبل والغنم، افتكه الراهن بجميع الدين، لأن استيفاء الألف من الحيوان والدنانير العشرة ممكن، فجاز أن يقوم الثاني مقام الأصل(١).

قال: ولو كان الدين من خلاف جنس ما غرم القاتل بأن كان الدين حنطةً، فأراد المرتهن أن يأخذ ذلك قضاء من دينه، لا يملك ذلك، لأن الاستيفاء من خلاف الجنس لا يكون إلا بطريق المعاوَضة، والمعاوَضة تعتمد التراضي.

---

(١) في (ج) و (د): "الأول".

ثمّ عند محمد: كل شيء دفع المرهون ما ليس من جنس الدين، قلّت قيمته أو كثرت، يخير فيه الراهن، إن شاء افتكه بالدين، وإن شاء جعله بالدين.

واستشهد محمد لتصحيح مذهبه بمسائل:

منها: رجل رهَن عبدا يساوي ألفا بألف، فقتلته جارية المرتهن، وهي تساوي مائة، فقال الراهن: لا حاجة لي في جاريتك، وإنما أجعل الرهنَ بما فيه، أما كان له ذلك، قالوا: لا نصّ عن أبي حنيفة، فيحمل على الخلاف.

ومنهم من فرّق لأبي حنيفة وأبي يوسف بين المسئلتين، فقال: الجارية الجانية ملك المرتهن، فليس في تركها تمليك الرهن من المرتهن بدينه، بل هذا إبراء الجارية الجانية عن الجناية، وامتناع عن المطالبة بالدفع، فإذا فات الدفع بطلت الجناية، ويصير العبد هالكا في ضمان المرتهن من غير جناية، فيهلك بالدين.

أما هنا العبد المدفوع بالجناية كان ملكا للراهن، فتركُه على المرتهن تمليك منه بالدين، وذلك باطل.

واستشهد محمد أيضا بمسئلة البيع فقال: لو أن رجلا اشترى عبدا من رجل، وتقابضا، فوجد به العبد[1] عيبا، فردّه بقضاء، وأمسك العبدَ حتى يقبض الثمن، فقتل العبدَ جاريةٌ في يد المشتري، ودُفعت به، يخيّر البائع، إن شاء أخذ الجارية، وأدّى الثمن، وإن شاء ترك الجارية عليه بالثمن، والمحبوس بالثمن حُكمه حكم الرهن.

فمن أصحابنا من قال: لا يُعرف هذا من أبي حنيفة، فيحتمل أن يكون هذا والرهن سواء.

ومنهم من فرّق بينهما، فقال: إن عقد البيع أوجَب التمليك من المشتري، فردّ

---

(١) في (ج) و (د): "به عيبا".

المشتري لايتمّ إلا بشرط سلامة العبد للبائع، فإذا لم يسلم يبطل الردّ، فعاد العبد إلى ملك المشتري، فلم يكن هذا تمليكا مبتدأ، بخلاف مسئلة الرهن.

واستشهد أيضا: بما لو قَتله المرتهن خطأ، ووجبَت القيمة على العاقلة، فقال الراهن: أنا لا آخُذ من العاقلة شيئا، وأبرئهم، لا يرجع المرتهن بدينه، ولا يرجع على العاقلة أيضا بشيء بقتلٍ باشَره؛ لأن العاقلة يتحمّلون عنه، ولا يتحمّلون له، فيصير العبد هالكا بالدين.

وكذا لو قتله المرتهنُ عمداً بعد ما تراجع سعره إلى مائة، فإنه لايجب عليه القصاص؛ لأن القصاص لا يجب على المرتهن بقتل الرهن، ولكن تجب القيمة في ماله، فلو كان الدين أكرار حنطة قيمتها ألف، يستحيل أن يأخذ الراهن مائة، ويؤدي أكرارا قيمتها ألف، وقد هلك الرهن بفعل المرتهن.

ولكن يجاب عن هذا فيقال: إنما جاء هذا من قِبل تراجع السعر، وقد كان يلزمه أن يفتكه بجميع دينه قبل القتل.

ولو ارتهن عبدا يساوي ألفين بألف، فقتلته جارية تساوي مائة، ودُفعت به، يجبر الراهن على أن يفتكها بألف في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن المدفوعة قامت مقام المقتول، وصار كأن المقتول قائم، وتراجع سعره، وثمّة يجبر الراهن على الفكاك في قولهما.

وعند محمد يتخيّر الراهن، إن شاء افتكها بالدين، وإن شاء جعل نصفها بالدين، وأخذ نصفها؛ لأن نصفها مضمون بالدين، ونصفها أمانة.

ـ والله أعلم بالصواب ـ

باب الرهن الذي يكون فيه استهلاك الزيادة

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن ولد الرهن رهن تبعا، ويصير مقصودا إذا بقي إلى وقت الفكاك حَقيقة أو حكما ببقاء بدله[1].

والثاني: أن إتلاف المرتهن الزيادة بإذن الراهن كإتلاف الراهن[2]، لأن الراهن أذن بإتلاف ملك نفسه، فصح[3] إذنه، وانتقل فعل المرتهن إليه.

ولو أتلفه الراهن بنفسه يضمن[4]، ويصير الولد مقصودا إذا بقي الضمان إلى وقت الفكاك، فكذلك إذا أتلفه المرتهن بإذن الراهن.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

---

(١) ذكره قاضي خان في فتاواه كضابط عام: "ما يتولد من من الرهن كاللبن والولد والصوف والثمر والأرش، يكون رهنا مع الأصل"، وللمرتهن أن يمسك الكل إلى أن يستوفي دينه، ولا يسقط بهلاك الزيادة شيء من الدين إذا هلك قبل فكاك الأصل. «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦٠٤ و ٦٠٢. وذكره الحصكفي نقلا عن «مجمع الفتاوى» بقوله: "الأصل: أن كل ما يتولد من عين الرهن يسري إليه حكم الرهن، وما لا فلا". «ردّ المحتار» ٦/ ٥٢١.

(٢) انظر «ردّ المحتار» ٦/ ٥٢٢، ٥٢٣. دار الفكر.

(٣) في (ج) و (د): "فيصح".

(٤) أي: إذا أتلفه الراهن بدون إجازة المرتهن، لأنه تعلّق به حق المرتهن، فيضمن. ذكره ابن عابدين نقلا عن «العناية». راجع «ردّ المحتار» ٦/ ٥٢٢.

رجل رهن شاة تساوي عشرة بعشرة دراهم، وأذن الراهن للمرتهن في أن يحلب لبنَها، ويشرب ويأكل[1]، ففعل ذلك، لا ضمان عليه[2]، لأنه أتلف ملك الراهن بإذنه.

فإن حضر الراهن افتكَّ الشاة بجميع الدين، لأن إتلاف المرتهن الزيادة بإذن الراهن انتقل إلى الراهن، فصار الراهن مستردًا لما أتلفه المرتهن، فإذا أخذ الشاة صار مستردًا كل الرهن.

وإن هلكت الشاة قبل أن يحضر الراهن، ثم حضر، يقسم الدين على قيمة الشاة، وعلى قيمة اللبن[3]، فتسقط حصة الشاة، ويقضي حصة اللبن؛ لأن إتلاف المرتهن انتقل إلى الراهن، وصار[4] الراهن مستردًا لما إتلفه المرتهن، فصار له قسط من الدين.

فإن كانت قيمة اللبن[5] خمسة كان ثلث الدين بمقابلة اللبن، وثلثاه بمقابلة الشاة، فيقضي ثلث الدين، ويسقط ثلثاه.

وكذا لو ولدت الشاة جَديا، فأكله المرتهن بإذن الراهن، ثم هلكت الشاة، هلكت بحصتها من الدين، لما قلنا في اللبن[6]، ذكَر الشاةَ، وأرادبها "المَعز" حيث سمّى الولد

---

(١) "ويأكل" ساقط من (ج) و (د).

(٢) كذا في «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦٠٤.

(٣) كذا في «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦٠٤، وقال: "وعلى هذا جميع النماء والزيادة".

(٤) في (ج) و (د): "فصار".

(٥) في (ج) و (د): "الدين" وهو خطأ.

(٦) عكس الناسخ في الأصل ففيه: "بحصتها من اللبن، لما قلنا في الدين"، وما ثبت من (ا) و (ب) و (ج) و (د) أصح.

"جديا"(١)، وهو الظاهر، لأن المَعز هو الذي يقتنى للبن.

وكذا لو أذن الراهن والمرتهن أجنبيا بذلك، فحلب الأجنبي، وأكل؛ لأن فعل الأجنبي بإذنهما كفعل الراهن.

وإن استهلك المرتهن بغير إذن الراهن ضمن(٢)، لأنه أتلف ملك الغير بغير إذنه فيضمن، ويكون الضمان رهنا مع الأصل؛ لأنه بدله.

وإن هلكت الشاة سقطت حصتها من الدين، ويفتكّ الضمان بقسطه من الدين.

وإن أتلفه الراهن ضمن أيضا(٣)، لأنه أتلف محلا تعلّق به حق المرتهن، فكان ملحقا بالملك [بالدين](٤) في استدعاء الضمان، ويكون الضمان محبوسا عند المرتهن مع الشاة(٥).

فإن هلك الضمان عند المرتهن هلك هدرا؛ لأنه قام مقام الأصل، فكان هلاكه كهلاك الأصل، ولو هلك الولد أو اللبن عند المرتهن كان هدرا، فكذلك بدله.

بخلاف ما إذا أكله المرتهن بإذن الراهن، أو الأجنبي بإذنهما، لأن ذلك لايوجب ضمانا على الراهن لتراضيهما بالإتلاف، فكان ذلك استردادا أو فكاكا للزيادة ضرورةً،

---

(١) "الجَدي": هو الذكر من أولاد المعْز، والأنثى "عَناق"، ذكره الفيومي وعزاه إلى ابن الأنباري، وقال المطرزي: "الجَدي": من أولاد المعز في السنة الأولى. انظر «المغرب» ١/ ١٣٥. «المصباح المنير» ١/ ٩٣.

(٢) كذا في «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦٠٤، و«ردّ المحتار» ٦/ ٥٢٢.

(٣) انظر «ردّ المحتار» ٦/ ٥٢٢.

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٥) انظر «ردّ المحتار» ٦/ ٥٢٢.

وما يضمن المرتهن من قيمة الولد يصير قصاصاً بدينه إذا حلّ الدين وبإتلاف اللبن يضمن مثلها، فلا يصير قصاصا بالدين لانعدم المجانَسة.

باب من الرهن الذي يكلّف صاحبه لإحضاره حتى يعطي ماله والذي لايكلّف

بنى الباب على أصلين :

أحدهما : أن القاضي نُصِب ناظرا للمسلمين، فيلزمه العدل والتسوية في إيفاء الحقوق.

والثاني : أن الرهن يشبه المبيع؛ لأنه محبوس بالدين عِوض عنه من وجه، فما دام يلزمه تسليم الرهن بعد اقتضاء الدين لايملك قبض الدين إلاّ بحضرة الرهن(١)، اعتبارا لمعنى البيع، ومتى سقط عنه تسليم الرهن كان له أن يقبض الدين.

وسقوط تسليم الرهن لايوجب سقوط الدين(٢)، لأنه ليس بعوض من كل وجه.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله :

رجل رهن جارية تساوي ألفا بألف درهم، فجاء المرتهن يطلب دينَه، فقال الراهن : لا أعطيك الدين حتى تُحضر الرهن، أمر المرتهن بإحضارها(٣)؛ لأن الرهن مضمون

(١) لكن المرتهن إذا أحضر الرهن، لايؤمر بالتسليم، ويقال للراهن : سلّم الدين أوّلا، كما في البيع، يؤمر المشتري بتسليم الثمن أولا. انظر «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١٠.

(٢) ويلحق به ضابط آخر: "تأخرُ تسليم الرهن لايوجِب تأخّر الدين"، ذكره قاضي خان في آخر هذا الباب، ص . .

(٣) انظر «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١٠.

بالدين، فكان بمنزلة العوض، وفي باب[1] البيع لايطالب المشتري بأداء الثمن إلا بعد إحضار المبيع تحقيقا للتسوية، فكذلك هنا إذا كان المرتهن قادرا على إحضار الرهن لايطالب الراهن بقضاء الدين قبل إحضار الرهن.

ولأنه لو أمر بقضاء الدين قبل إحضار الرهن ربما يهلك الرهن بعد ذلك، أو يكون هالكا قبل ذلك، فيصير مستوفيا دَينه من وقت العقد، كان هذا أمرا بقضاء الدين مرّتين، وذلك باطل، فيؤمر المرتهن بإحضار الرهن ثم يقال: سلّم الدين أوّلا ليتعيّن حق المرتهن، كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية، كما في باب البيع[2].

ولأن المرتهن لو ردّ أولا، فلو مات الراهن بعد ذلك، وعليه ديون، كان المرتهن أسوة للغرماء في ذلك الرهن، فيبطل بعض حقه.

ولو قضى الراهن الدينَ أوّلا، ثم مات المرتهن، وعليه ديون، لايتعلّق حق غرمائه بالرهن، فلايؤدي إلى إبطال حق الراهن.

ولو رهن جارية تساوي ألفا بألف، وجعل المرتهن مسلّطا على بيعها إذا مضى أجل كذا، فمضى الأجل، فباعها بأجل شهرا ونحوه، فهو جائز.

أما عند أبي حنيفة: فلأن التوكيل مطلق، فيملك البيع بالنقد والنسيئة، سواء كان الأجل متعارفا أولم يكن.

وعند أبي يوسف ومحمد: الوكيل بالبيع يملك البيع بالأجل المتعارف، فإذا باعها بأجلٍ شهرا وشهرين جاز عند الكل[3].

---

(١) "باب" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١٠.

(٣) وهذه ظاهر الرواية، حيث يجوز للوكيل أن يبيعه بالنقد والنسيئة. انظر «فتاوى قاضي خان» ٣/

فرّق بين هذا وبين مالو قال لغيره: "بع عبدي فإني أحتاج إلى النفقة"، أو قال: "فإن غرمائي يلازموني"، فباع بالنسيئة لايجوز.

والفرق أن[1] في هاتين المسئلتين: أمَر بالبيع لحاجته إلى النفقة، ودفعِ الملازمة، وذلك لايحصل بالنسيئة، فكان تقييدا بالثمن المعجل.

أما هنا وكّله بالبيع مطلقا، ولو كان التوكيل لغرض استيفاء الدين فذلك يحصل بالثمن المؤجل، فلايتقيّد بالمعجل.

فإن نهاه عن البيع بالنسيئة بعد عقد الرهن والتسليم [إليه][2]، لايصح نهيه، بخلاف سائر الوكالات؛ لأن هذه وكالة ثبتت في ضمن عقد لازم، وهو الرهن، فإذا لزم أصلها لزم وصفها واتباعها، فكما لايملك منعه عن البيع لحق المرتهن لايملك التقييد؛ لأنه عزل عن أحد البيعين، إلا إذا كان التقييد بالمعجل في عقد الرهن فحينئذ لايملك البيع نسيئةً، لأنه ما وكله إلا بنوع واحد.

وإذا صح البيع نسيئة، ثم جاء المرتهن يطلب دينه، فقال الراهن: لاأعطيك الدين حتى تحضر ثمن الرهن، أجبر الراهن على قضاء الدين[3]؛ لأن الرهن إنما صار دينا بتسليط الراهن وأمره، وأحد عوضي البيع إذا تأخّر بدليل يخصّه بأن باعه بثمن مؤجّل، أوكان البيع سلَما، لايتأخر تسليم العوض الآخر مع أن البيع معاوَضة محضة، فلأن لايتأخر هنا كان أولى.

.٦١٠

(١) سقط "أن" في (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) فلا يجوز للراهن أن يمتنع عن قضاء الدين قبل إحضار الثمن. «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١٠.

وكذا لو باعه بثمن حالٍّ غير مؤجل، فقال الراهن: لاأعطيك الدين حتى تنقد الثمن، وتدفعه إليّ، لايلتفت [إليه][1]، ويجبر على أعطاء الدين؛ لأنه لما باع بإذن الراهن خرج المبيع من أن يكون رهنا، كأنهما تفاسخا عقد الرهن في المرهون، ويصير الثمن رهنا بتراضيهما ابتداءً لا بطريق انتقال حكم الرهن إلى الثمن.

قال: ألا ترى أنه لو باع الرهن بأقل من الدين كان النقصان على الراهن، ولايبطل شيء من دين المرتهن، علم أن الأول خرج عن الرهن بطريق الفسخ، وصار الثمن رهنا ابتداءً لا بطريق الانتقال، إذ لوكان بطريق الانتقال وجب أن ينتقل إلى الثمن بقدره، ويسقط قدرالنقصان عن دين المرتهن.

ولو تفاسخا الرهن حقيقة، ثم رهن الثمن الذي في ذمة المشتري ابتداء بدينه، لم يكن على المرتهن تسليم الثمن لقضاء الدين، ولايتوقف عليه كذلك هنا، فكان على المرتهن أن يقبض الثمن من المشتري، ويدفعه إلى الراهن، لأنه هو العاقد، فكان القبض إليه.

فإن تَوِيَ الثمن على المشتري، أو في يد المرتهن، يردّ المرتهن على الراهن ما قبض منه؛ لأن حكم الرهن لما ثبت في الثمن صار كأنه رهن الثمن بالدين، وجعله على يد عدل، وهناك إذا هلك الرهن كان على المرتهن ردّ ما قبض حتى لايتكرر الاستيفاء، كذلك هنا.

فإن قال الراهن كيف أعطيك الدين، والثمن في ضمانك؟ لايلتفت إليه، بل يقال له: نعم! لكن لما باع بأمرك، وصار الرهن دينا باختيارك، صار في الحكم كأنك رهنته، ولم تسلم بل وضعته على يد عدل، فلايجب عليه التسليم، ويكون التّوى على المرتهن.

---

[1] ما بين المعكوفتين أضفناه من (ج) و (د).

ولو رهن جارية بألف. ووضعها على يد عدل، فغاب العدل، وأودعها عند زوجته، أو عند ولده الذي في عياله، ثم جاء المرتهن يطلب دينه[1]، فقال الراهن: لاأعطيك الدين حتى يحضر الرهن، ويقول المودَع: أودَعني فلان، ولا أدري لمن هي؟ قال[2]: يجبر الراهن على تسليم الدين[3]؛ لأن المرتهن لم يقبض شيئا، [ليجب عليه تسليمه][4]، فلايجب عليه الإحضار، وكيف يلزمه التسليم والإحضار.

وفائدة الوضع على يدي العدل أن يكون ممنوعا محفوظا عن الراهن والمرتهن، وإذا هلك يكون الهلاك على المرتهن، فإن هلك الرهن في يد المودع رجع الراهن على المرتهن بما أعطاه، لأن هلاكه في يدي العدل كالهلاك في يد المرتهن.

وكذا لو غاب العدل بالرهن، ولا يدري مكانه، يجبر الراهن على تسليم الدين[5]، لما قلنا.

فإن ادّعى الراهن هلاك الرهن يستحلف المرتهن[6]، لأنه ادعى عليه مالوأقرّ به تبطل المطالبة بالدين، فإذا أنكر يستحلف، ويستحلف على العلم[7]: "بالله ما يعلم أن الرهن

---

(١) في (ج) و (د): "بطلب الدين".

(٢) أي الإمام محمد رحمه الله.

(٣) انظر «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١٠.

(٤) كانت العبارة في الأصل: "فلا يجب عليه تسليم الرهن" وما أثبت من (ج) و (د) أولى وأنسق للكلام.

(٥) انظر «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٦) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٧) المرجع السابق.

قد هلك" ، لأنه يدعي الهلاك في يد غيره ، فيستخلف على العلم ، فإن حلَف ، قبَضَ الدينَ ، وإن نكل لايأخذه[1] .

وإن كان الذي أودَعه العدل جحَد ، وقال : هو مالي ، لم يأخذ المرتهن دينه حتى يثبت الرهن[2] ، لأنه لما جحد الوديعةَ فقد تَوى ، والتوى يكون على المرتهن .

ولو كان المرتهن هو الذي قبض الرهن ، وهو عبد قيمته ألف درهم مثل الدين ، فقتله رجل خطأً ، غرم القاتل قيمته في ثلاث سنين[3] .

فإن أراد المرتهن أن يأخذ دينه ، فقال الراهن : لاأعطيك الدين حتى تحضر القيمة ، لايجبر الراهن[4] على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة[5] ، بخلاف ما تقدم ؛ لأن هنا صيرورة الرهن دينا لم تكن بإيجاب الراهن ، ولا باختياره ، فصار عذرا في حقه بخلاف البيع .

فإن أحضر[6] المرتهن بعض القيمة لايجبر الراهن على قضاء شيء من الدين ، لأن القيمة خلف عن العين ، ولو كان العين قائما ، وهو متفرق أو مجتمع ، لايجبر الراهن على قضاء شيء من الدين حتى يحضر كل الرهن ، فكذلك هنا .

---

(١) أي : إن حلف يجبر الراهن على قضاء الدين ، وإن نكل لم يجبر . انظر «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١ .

(٢) وهو الوديعة . «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١ .

(٣) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١ .

(٤) "الراهن" ساقط من (ج) و (د) .

(٥) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١ .

(٦) في الأصل : "حضَر" ، وما ثبت من (ج) و (د) أصح .

فإن كانت القيمة من جنس الدين، فكلما حل شيء اقتضاه المرتهن بدينه[1]؛ لأنه ظن بجنس حقه.

وإن كان القاضي قضى بالقيمة من الإبل أو الغنم أو البقر، كان ذلك رهنا بالدين[2]، يحبسه بدينه، فيه دليل على أن القاضي يقضي بالحيوان في قيمة العبد.

رجل رهن عند إنسان شيئا، ثم لقيه المرتهن في غير ذلك المصر، وطالبه بقضاء الدين، فإن كان الرهن شيئا له حمل ومؤنة، أجبر الراهن على قضاء الدين، ولايؤمر المرتهن بإحضار الرهن[3].

لأن عين الرهن أمانة في يده، ولهذا كان الكفن على الراهن، فلا يجب عليه الردّ، إنما يجب عليه التسليم، والنقل من بلد إلى بلد من باب الردّ لا من باب التسليم، فلو وجب عليه الرد كان له أن يرجع بذلك على الراهن، فلا يجب، فإذا لم يجب عليه تسليم الرهن في هذا المكان، لايجب عليه الإحضار، فكان له أن يطالبه بالدين، كما لو كان الرهن في يد عدل، ولكن يحلف المرتهن: "بالله ما هلك الرهن"[4]؛ لأنه غائب يحتمل الهلاك، فيحلف على ذلك إذا طلب الراهن[5].

---

(١) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٢) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٣) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١، الفروق للكرابسي ٢/ ٢٨٧.

(٤) جاءفي الفروق: له أن يأخذالدين من الراهن بعد أن يحلف: "بالله ماتوى رهنك". «الفروق»٢/ ٢٨٧.

(٥) كما لو ادّعى الراهن أن الرهن قد هلك، فيحلف المرتهن، فإن حلف يجبر الراهن على قضاء الدين، وإن نكل لايجبر. «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

وإن كان الرهن شيئا ليس له حمل ومونة، ولقيه في غير المصر، في القياس يجبر الراهن على قضاء الدين من غير إحضار الرهن[1]، لما ذكرنا أنه ليس عليه تسليم الرهن في غير مكان العقد.

وفي الاستحسان لايجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر الرهن[2]؛ لأن سائر الأماكن فيما لاحمل له ولا مؤنة بمنزلة مكان واحد، ولهذا لو أسلم فيما لاحمل له، ولامؤنة لايشترط لصحة السلم[3] بيان مكان الإيفاء في قول أبي حنيفة، ويشترط فيما له حمل ومؤنة.

رجل له على آخر ألف درهم منجّمة يؤدي إليه كل شهر كذا، فرهنه بذلك رهنا، فلما حلّ نجمٌ طالبه بذلك القَدر، فقال الراهن: لا أعطيك شيئا حتى تحضر الرهن، فإن كانا في غير مِصرِهما لايجبر المرتهن على إحضار الرهن[4]؛ لأنه ليس على المرتهن تسليم الرهن عند قبض البعض، وإنما يجب عليه التسليم عند قبض الكل، لأنه محبوس لكل جزء من أجزاء الدين، وإذا لم يجب عليه التسليم لايؤمر[5] على الإحضار، ولكن إذا ادّعى الهلاك حلفه[6].

(١) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٢) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٣) "السلم" ساقط من (ج)، وفيه: لصحته.

(٤) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٥) في (ج) و (د): "لا يجبر".

(٦) أي: حلّف المرتهن. انظر «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

وإن كانا في مصرهما، في القياس لايجبر المرتهن[1] على الإحضار[2]، ؛ لما قلنا أنه ليس عليه التسليم عند قبض البعض.

وفي الاستحسان يجبر[3]؛ لأن المصر كله مكان واحد، فصار كأن الرهن في يده، ولا ضرر في إحضاره، وفي إحضاره فراغ قلب الراهن، وصيانة القضا عن البطلان؛ لاحتمال هلاك الدين[4]، وفيه سقوط اليمين عن المرتهن.

وإن شاء القاضي حلفه، ولم يكلّفه إحضاره[5]؛ لأنه لو أحضره ربما يأخذ منه بقوة أعوان السلطان ونحوه، فكان نظره في التحليف دون الإحضار، فيقطع الخصومة بينهما بما يرى.

ولم يفصّل هنا بين ماله حمل و مؤنة، وبين مالا حمل له ولامؤنة إذا التقيا في غير مصرهما، ويحتمل أن يكون هذا جواب القياس، وفي الاستحسان يفترقان، والأشبه أن يسوّي بينهما إذا التقيا في غير مصرهما[6]؛ لأنه ليس عليه تسليم الرهن في هذا الفصل، فلا يؤمر بالإحضار.

رجل اشترى شيئا، ولم يقبضه، ولم ينقد الثمن حتى لقيه في غير مصرهما،

---

(١) "المرتهن" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٣) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٤) العبارة في (ج) و (د): "لاحتمال سقوط الدين بالهلاك".

(٥) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٦) ولذا قال قاضي خان في فتاواه: والظاهر أنه لايجبر على الإحضار في غير مصرهما. «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

فطالبه[1] البائع بالثمن، فقال المشتري: لا أدفع إليك الثمن حتى تحضر المبيع، لا يجبر المشتري على دفع الثمن حتى يحضر المبيع، ، سواء كان المبيع له حمل ومؤنة، أو ليس له حمل ومؤنة[2].

فرق بين هذا[3] وبين الرهن، والفرق: أن البيع معاوضة من كل وجه، وإنما يوجب تسليم الثمن على المشتري بإزاء تسليم المبيع على البائع، فإذا تأخّر قبض أحدهما بغير اختيار العاقد تأخر الآخر تحقيقا للتسوية[4].

أما الرهن ليس بمعاوضة من كل وجه، وحق المطالبة بتسليم الدين ما وجب بعقد الرهن، بل كان ثابتا قبل الرهن، فتأخّرُ تسليمِ الرهن لايوجِب تأخر الدين[5].

---

(١) في (ج) و (د): "فطالب البائع"، وهو خطأ.

(٢) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٣) في (ج) و (د): "بينه".

(٤) بيّن قاضي خان هذا الفرق في فتاواه بأن المبيع مع الثمن عوضان من كل وجه، فإذا تأخّر قبض أحدهما، لابفعل أحدهما، يتأخر الآخر، أما الرهن ليس بعوض من كل وجه، فتأخر أحدهما لايوجب تأخّر الآخر. «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٥) وجّه الكرابيسي للفرق بينهما بأن في البيع لو لم يجبره على إحضار المبيع لأدى إلى أن يسقط عنه ضمان التسليم مع بقاء العقد، وهذا لا يجوز كما لو باع المبيع قبل القبض لم يجز.
وأما في الرهن فلو جعلناه راضياً بحفظه في تلك البلدة ولم يجبره على إحضارها لأدى إلى أن يقسط عنه ضمان التسليم مع بقاء العقد، ، وهذا جائز، كما لو باعه منه أو وهبه قبل القبض، ولأن في البيع ملك المبيع بازاء الثمن، فملك قابل ملكاً، وتسلم قابل تسليماً، وإحضار قابل إحضاراً، فما لم يحضر أحدهما لا يجبر الآخر على إحضار الثمن. «الفروق» للكرابيسي ٢/ ٢٨٨.

وإذا لم يجب على المشتري إعطاء الثمن قبل إحضار المبيع يستوثق من المشتري[1] بكفيل حتى يحضر البلد الذي فيه المبيع، ويدفع الثمن، فيأخذ المبيع، أو يبعث وكيلا بذلك[2]؛ لأنه ربما يغيب المشتري، فيتضرر البايع بتأخير حقه، فيفعل ما قلنا نظرا لهما، وتحقيقا للتسوية بينهما.

-والله أعلم-

(١) في (ج) و (د): "يستوثق منه".

(٢) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

باب من الرهن الذي يكون له أن يقبض البعض دون البعض

بنى الباب على أن أحد العاقدين لاينفرد بتفريق الصفقة المجتمعة؛ لما في تفريقها من الإضرار بالآخر بالإخلال بمقصوده.

[إذا عرفنا هذا][1] قال [محمد رحمه الله][2]:

رجل رهن عند رجل عبدين بألف درهم قيمة كل واحد منهما ألف، وسلّمها[3] إلى المرتهن، ثم أدّى من الدين خمس مائة، وأراد أن يأخذ أحدهما لم يكن له ذلك[4]، لأن الصفقة وقعت جملةً، ومقصود المرتهن إضجار الراهن ليتسارَع إلى قضاء الدين، فلو تفرّد الراهن بالتفريق بأخذ ما يحتاج إليه، ويتكاسل في قضاء الباقي، فلايحصل المقصود.

ألا ترى أن في البيع إذا نقد المشتري بعض الثمن، وأراد أن يأخذ بعض المبيع لايملك ذلك[5] لما قلنا، فههنا أولى.

ولو قال الراهن في الابتداء: رهنتك هذين العبدين كل واحد منهما بخمس مائة،

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "وسلّم".

(٤) لحبس الكل بكل الدين، فيكون الرهن محبوساً بكل جزء من أجزائه، مبالغة في حمله على قضاء الدين، حتى لايتكاسل في قضاء الباقي. انظر «ردّ المحتار» ٦/ ٤٩٨.

(٥) «ردّ المحتار» ٦/ ٤٩٩.

وسلّمهما[1] إليه، ثم نقد خمس مائة، وقال: أديث عن هذا العبد، وأراد أن يأخذ ذلك العبد، كان له ذلك[2].

وذكر في «كتاب الرهن»[3]: رجل رهن عند غيره عشرة من الغنم بمائة درهم، كل شاة بعشرة، ثم نقد عشرة، وقال: نقدتُ حصة هذه الشاة، وأراد أن يأخذ الشاة[4] ليس له ذلك.

مِن أصحابنا مَن قال[5]: ما ذكِر في كتاب الرهن قول أبي يوسف، وما ذكرهنا قول محمد.

ومنهم من قال: في المسألة روايتان[6]، ورواية الزيادات أصح[7].

---

(١) في الأصل: "وسلمها" وما ثبت أصح.

(٢) حكى الكاساني هذه المسألة محيلا إلى «الزيادات» لكن بتغيير بسيط في المثال فقال: "وذكر في الزيادات فيمن رهن مائة شاة بألف درهم على أن كل شاة منها بعشرة دراهم، فأدى عشرة دراهم، كان له أن يقبض شاة" . «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٣ .

(٣) أي: كتاب الرهن من «كتاب الأصل» للأمام محمد رحمه الله، كما صرّح به الكاساني، انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٣ .

(٤) في (ج) و (د): "أن يأخذها" .

(٥) قاله محمد بن محمد المروزي البلخي، الشهير بالحاكم الشهيد، صاحب كتاب«المنتقى» و«الكافي» . يقول الكاساني: ذكر الحاكم الشهيد أن ما ذكر في الاصل قول أبي يوسف، وما ذكر في الزيادات قول محمد. انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٣ .

(٦) قاله الإمام أبوبكر الجصاص، صرّح به الكاساني فقال: وذكر الجصاص أن في المسألة روايتين عن محمد: وجه رواية الزيادات: أنه لما سمّى لكل واحد منهما دينا متفرقا أو جب ذلك تفريق الصفقة، فصار كأنه رهن كل واحد منهما بعقد على حدة . وجه رواية الأصل: أن الصفقه

وجه رواية كتاب الرهن: أن الصفقة واحدة لاتحاد الموجب والقابل، وعند اتحادهما لايتفرّق العقد بتفريق التسمية، كما في البيع لوقال: بعتُ منك هذين العبدين بكل[1] واحد منهما بخمس مائة، وقبل الشراء كانت الصفقة واحدة، حتى لو نقَد المشتري خمس مائة، وأراد أن يأخذ أحد العبدين[2] لم يكن له ذلك، كذلك هنا.

وجه هذه الرواية: وهو الفرق بين البيع والرهن أن البيع لايتفرّق بتفريق التسمية عند اتحاد العاقدين، والرهن يتفرق، ألا ترى أن في فصل[3] البيع لو قبِل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لايصح، وفي فصل[4] الرهن عند تفريق التسمية لو قبِل المرتهن العقد في أحدهما جاز.

واحدة حقيقة، لأنها أضيفت إلى الكل إضافة واحدة، إلا أنه تفرقت التسمية، و تفريق التسمية لا يوجب تفريق الصفقة، كما في البيع إذا اشتملت الصفقة على أشياء كان للبائع حق حبس كلها إلى أن يستوفي جميع الثمن، و ان سمى لكل واحد منهما ثمنا على حدة، كذا هذا. «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٣.

(٧) أي الأصح الفرق بين ما إذا سمّى لكل من المرهونين شيئا وبين ما إذا لم يسمّ، فإذا سمّى لكل واحد منهما شيئا من الدين له أن يقبض أحدهما إذا أدّى ما سمّى له، بخلاف البيع. صرّح به كل من الحصكفي وابن عابدين، قال ابن عابدين: "هو الأصح، كما في «التبيين» و«الكفاية»، وهو رواية الزيادات". «ردّ المحتار» ٦/ ٤٩٩.

(١) وفي (ج) و (د): "هذين العبدين بألف".

(٢) في (ج) و (د): "أحدهما".

(٣) "فصل" ساقط من (ج) و (د).

(٤) سقط "فصل" في (ج) و (د).

وإنما افترقا؛ لأن في البيع ضمّ الردي إلى الجيد للترويج متعارف[1]، فلو تفرّق العقد بتفريق التسمية، وكان للمشتري أن يقبل البيع في أحدهما يقبل الجيد[2]، فيتضرّر به البائع.

أما في الرهن ضمّ الردي إلى الجيد للترويج غير متعارف، فلو تفرّق العقد بتفريق التسمية لايتضرّر به الراهن[3]، فإذا سمّى لكل واحد منهما حصّته[4] من الدين تتفرّق الصفقة.

ولأن في البيع لما جمع بينهما لو تفرقت الصفقة تصير الثانية شرطاً في الأول، وإنها شرط فاسد تُفسد العقد؛ لأن الشرط الفاسد في معنى الربا.

أما الرهن لايبطل بالشروط الفاسدة؛ لأنه تبرع بمنزلة الهبة، ولهذا لورهن عبداً بألف على أن يكون كل نصف منه رهناً بخمس مائة يفسد الرهن؛ لأنه لما سمّى لكل نصف ديناً تفرّقت الصفقة، فيفسد لمكان الشيوع.

وأشار محمد رحمه الله في الكتاب إلى هذا فقال: هما رهنان، كأنه رهن هذا العبد بخمس مائة، ثم رهن الآخر بخمسمائة، واستشهد في الكتاب بمسائل لبيان أن الرهن يتفرّق بتفريق التسمية، والبيع لايتفرق، والكل على الروايتين.

منها: لو رهن عبدين وسمّى لأحدهما بعينه ألف درهم، وللآخر مائة دينار، فنقَد

---

(١) كذا في «ردّ المحتار» نقلا عن الزيلعي، ٦/ ٤٩٩.

(٢) ولهذا لوقبل البيع في أحدهما دون الآخر، بطل البيع في الكل. «ردّ المحتار» ٦/ ٤٩٩.

(٣) لأن قبول العقد في أحد المرهونين لايكون شرطا لصحة العقد في الآخر، حتى إذا قبل في أحدهما، صحّ فيه بخلاف البيع. «ردّ المحتار» ٦/ ٤٩٩.

(٤) في (ج) و (د): "حصّةمن الدين" وماثبت في الأصل أصح.

الدنانير، كان له أن يأخذ ماكان رهناً بالدنانير، ولوكان هذا في البيع لايملك.

ومنها: لو رهن عبداً، وقال: نصفه بخمس مائة لايجوز، ويجوز في البيع.

ومنها: لورهن جارية بألف، وسلمها إلى المرتهن، ثم قال للمرتهن: زدتك هذا الغلام في نصف المال، ثم أدّى الراهن خمس مائة، وقال: هذه الخمس مائة التي زدتك فيها الغلام، كان له أن يقبض الغلام؛ لأن حصته من الدين معلومة[1]، وقد أدّى، وليس له أن يأخذ شيئاً من الجارية حتى يعطي كل الألف.

ولو اشترى جارية بألف، ثم زاده البائع غلاما في خمس مائة من الثمن، ورضي به المشتري، ثم نقد المشتري للبائع خمس مائة، وقال: هذه الخمسمائة التي زدتني فيها الغلام، لايملك أخذ الغلام، ولاشيئاً من الأصل حتى ينقد كل الثمن؛ لأن الزيادة تلتحق بأصل العقد، ويصير كأنه باع الكل بألف درهم.

ومنها: لو رهن جاريتين بألف درهم ومائة دينار، هذه الجارية بألف درهم، وهذه الجارية الأخرى بمائة دينار، ثم قضاه أحد المالين، ثم قال الراهن للمرتهن: زدتُك هذا الغلام في الجارية التي قضيت دينها، لا تصح الزيادة؛ لأن الزيادة في الرهن، ولادين، لاتصح، وقد سقط دين هذه الجارية. ولو كان هذا في البيع جازت الزيادة؛ لأن الصفقة واحدة.

ومنها: لورهن عبدين بألف درهم، وقيمة كل واحد منهما ألف، فقَتَل أحدهما صاحبَه كان الباقي منهما رهناً بسبع مائة وخمسين؛ لأن نصف كل واحد من العبدين[2] كان مضموناً، ونصفه أمانة، وجناية المضمون على المضمون هدر، وجناية الأمانة على

---

(١) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "معلوم"، وما ثبت أصح.

(٢) في (ج) و (د): "كل واحد منهما".

الأمانة هدر، وجناية المضمون على الأمانة هدر، وجناية الأمانة على المضمون معتبرة، والعبد الجاني نصفه أمانة، ونصفه مضمون، وكذا المجني عليه.

فالعبد نصفان، وجنايته من النصف الذي هو مضمون لايعتبر، تعيّنت الجناية من النصف الذي هو أمانة، وهذا النصف جنى على نصف شائع من المجنى عليه، نصف هذا النصف وهو الرُبع مضمون بنصف الدين، وذلك مائتان وخمسون، ونصفه أمانة، والجناية على الأمانة هدر، وعلى المضمون معتبرة، فتحوّل نصف ما كان في العبد المجنى عليه إلى الجاني، وذلك مائتان وخمسون، وقد كان في الجاني دين نفسه خمسمائة، فصارت الجملة سبعمائة وخمسين، وسقط من الدين مائتان وخمسون .

ولو فرّق التسمية عند العقد، فقال: رهنت هذين العبدين بألف، وكل[1] أحد منها بخمسمائة، فقتَل أحدهما صاحبه، يقال للراهن والمرتهن: ادفعا القاتل بالمقتول أو افدياه؛ لأن العقد تفرّق بتفريق التسمية، وعند اختلاف العقد تعتبر الجناية، ولاتعتبر الأمانة والضمان؛ لأنه يدخل في عقد، ويخرج من عقد، فصار كما لو افترق بافتراق المالكين، وثمّة يثبت فيه حكم الدفع والفدا.

فإن دفعاه قام القاتل مقام المقتول، فيتحوّل إليه دين المقتول، ويسقط[2] ما في الجاني من الدين؛ لفواته لا إلى خلف.

فإن فدياه بقيمة المقتول كانت القيمة رهناً بخمسمائة؛ لأنها قامت مقام المقتول، ويبقى القاتل رهناً بخمس مائة؛ لأنه طهر عن الجناية، وعلى قياس رواية كتاب[3] الرهن

---

(١) "كل" ساقط من (ج) و (د) ثبوته أصح.

(٢) في (ج) و (د): "سقط".

(٣) كذا ثبت في (ا) و (ب)، وفي الأصل: "رواية الرهن".

يجب أن يكون القاتل رهناً بسبعمائة وخمسين، ولا يتفرق العقد.

ـ والله أعلم ـ

شرح الزيادات

للإمام محمد بن الحسن الشيباني ١٣٢م-١٨٩م

تأليف

الإمام الفقيه فخر الدين حسن بن منصور بن محمود الأوزجندي الفرغاني

المعروف بقاضي خان المتوفى ٥٩٢هـ

تحقيق وتعليق

فضيلة الأستاذ الدكتور قاسم أشرف نور أحمد

المجلد الرابع

الهبة - الوكالة - الشهادات - الدعوى - الإقرار - الغصب - الجنايات

دار إحياء التراث العربي

بيروت - لبنان

كتاب الهبة

باب من الهبة التي تجوز بالقبض والتخلية بينها وبين الموهوب له وما لا تجوز

بنى الباب على ما عرف[1] أن الهبة لاتتمّ بدون القبض[2] حتى لومات أحدهما قبل القبض تبطل الهبة، كما لومات أحد المتبايعين قبل القبول.

والشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض، فيمنع تمام الهبة[3]؛ لأن مايتعلق

---

(١) " ما عرف " ساقط من (ا) و (ب) و(ج) و ثبت في الأصل.

(٢) ذكر في الفتاوى الهندية في ضمن شرائط الهبة أن يكون الموهوب مقبوضا. «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٤، وانظر «بدائع الصنائع»: ٦/ ١١٩.

وقد علل المرغيناني شرط القبض في الهبة بأنه عقد تبرع، وفي إثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به، وهو التسليم فلا يصح. انظر «فتح القدير»: ٦/ ١١٥.

كما عدّ الحصكفي القبض في الموهوب من شرائط صحة الهبة. انظر «ردّ المحتار» ٤/ ٥٠٨.

(٣) أحسن الإمام العتابي في تأصيل هذا الباب وزاد وأفاد، فقال: أصل الباب أن الهبة لايفيد الملك قبل القبض، وفي المشاع لايفيد الملك قبل القسمة، لأن القسمة من تمام القبض، واشتغال الموهوب بمتاع الواهب يمنع القبض فيمنع صحة الهبة، أما اشتغال غيرِ الموهوب بالموهوب لايمنع قبضَ الموهوب، لأنه لاتُشاغل في الموهوب. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٩١.

بالشيء يتعلق بالكامل؛ لأنّ الناقص موجود من وجه دون وجه.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله.

رجل وهب لرجل داراً، وفيها متاع للواهب، وسلّم الكل إلى الموهوب له، كانت الهبة باطلة، ـ أراد بها غير تامّة ـ حتى لو فرغ، وسلّم جاز[1].

وكذا لو وهب جراباً أو جوالقاً[2] فيه طعام الواهب؛ لأنّ الدار وضعت لحفظ الأمتعة، وكذا الظرف للمظروف، فما دام متاع الواهب في الدار كان الواهب مستعملاً الدارَ بما بنيت الدار له[1].

ولهذا لو استأجر داراً، ونقل متاعه إليها يصير قابضاً، ويكون ساكناً في الدار ببقاء الأمتعة فيها.

وكذا لو تنازع رجلان في دار، وهي مشغولة بمتاع أحدهما، فإن القول قول صاحب المتاع، ويجعل هو صاحب يد، ومع بقاء الواهب ساكناً في الدار مستعملاً لها لايتحقّق التسليم.

---

(١) ذكر في الفتاوى الهندية في شرائط الهبة أن يكون الموهوب متميزا عن غير الموهوب، ولا يكون متصلا، ولا مشغولا بغير الموهوب، حتى لو وهب أرضاً فيها زرع للواهب دون الزرع أو عكسه، أو نخلا فيها ثمرة للواهب معلقة به دون الثمرة أو عكسه لا تجوز، وكذا لو وهب داراً أو ظرفا فيها متاع للواهب. «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٧٤، وانظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١١٩، و«مجموع الضمانات» ص ٣٣٦.

(٢) الجُوالِق والجُوالَق وعاء من الأوعية معروف قاله ابن منظور انظر لسان اللسان تهذيب لسان العرب ١/ ١٩٨. مادة (ج، ل، ق).

(١) «له» ساقط من (ج) و (د).

فرق بين هذا وبين مالوباع داراً، وسلّمها إلى المشتري، وفيها متاع البائع، فإنه يكون تسليماً.

والفرق أن هذا بمنزلة الشيوع فيما يحتمل القسمة أو دونه، والشيوع لايمنع البيع، ويمنع الهبة فيما يقسم.

ألاترى أنه لو باع تمراً على رأس النخيل، وخلّى بينه وبينها، صحّ التسليم، ولو وهب الثمر وخلّى، لايصح.

ولو وهب المتاعَ دون الدار، والطعامَ دون الجوالق، وسلّم الدارَ والجوالق[1] بما فيه، تمت الهبة[2]، بخلاف ماتقدم؛ لأن ههنا الموهوب غير مشغول بملك الواهب بل الموهوب شاغل ملك الواهب[3]؛ لأن المظروف يشغل الظرف، أما الظرف لايشغل المظروف، فلايكون الواهب مستعملاً الموهوب، فتمّ التسليم.

ألاترى أنه لو أودع حنطة، فجعلها المودع في جوالق لايضمن[4]، ولوأودع جوالق فجعل المودع فيها حنطة ضمن؛ لأنه استعملها[5].

ولايقال بأن الدار والظرف ملك الواهب، وفي يده وبقاء يده على الظرف بقاء على المظروف.

---

(١) كذا في الأصل، وهو المثبت في (ا) و (ب) وجاء في (ج) و (د) " ا لجراب" مكان "الجوالق"

(٢) انظر «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨٠، و« مجمع الضمانات» ٣٣٦.

(٣) وفي (ج) و (د) : "شاغل الملك الواهب" وما ثبت أصح.

(٤) انظر المصدر السابق والصفحة.

(٥) وفي(ج) و (د): " لانه يستعملها " .

لأنا نقول: وإن بقيت يده على الدار فالدار حرز وتبع لما فيها، وكذا الظرف وقيام يده على التبع لايجعل قياماً على الأصل، ويجعل معتبراً للدار والظرف، بخلاف الأول؛ لأن ثمّة يده قائمة على الأصل، فتعتبر قائمة على التبع.

فلو أنه أودع المتاع منه أولاً في المسألة الأولى، ثم وهب له الدار، وسلم بما فيها، أو وهب الدار والجوالقَ أولاً، ثم أودع المتاع، وسلم الكل، جازت الهبة في الدار والجوالق[1]؛ لأنه لما أودع المتاع عنده فقد جعله في يد المودع؛ لأن حقيقة اليد في الوديعة للمودَع، إلا أن منفعة يده تعود الى صاحب الوديعة[2]، فإذا سلّم[3] الدار والجوالق بحكم الهبة صحّ التسليم والقبض لانعدام المانع، وهو قيام يد[4] الواهب عليها.

قال[5]: ولو وهب أرضاً فيها زرعٌ قد استحصد، أو نخيل، فوهب الأرض بدون النخيل والزرع، وسلم الكل لايجوز؛ لأن الموهوب مشغول بملك الواهب[6]، فلايجوز كما في الدار والجوالق.

وكذا لو وهب الزرع بدون الأرض، أو وهب نخلاً عليها ثمر بدون الثمر، أو وهب

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨٠.

(٢) وفي (ج) و (د): "إلى المودع".

(٣) وفي (ج) و (د): "أسلم".

(٤) "يد" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "قال" ساقط من (ج) و (د)

(٦) علّله في الفتاوى الهندية بأن كل واحد منهما متصل بصاحبه اتصال جزء بجزء، فصار بمنزلة هبة المشاع فيما يحتمل القسمة. انظر «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨٠.

الثمرَ بدون النخيل، وسلم الكل لايجوز[1].

بخلاف ما لو وهب المتاع بدون الدار، والطعام بدون الجوالق، وسلم الكل؛ لأن هنا الموهوب متصل بغير الموهوب[2]؛ لأن النخيل والزرع متصل بالأرض خلقة، وكذا الثمر بالنخيل، والإفراز ممكن، فكان بمنزلة المشاع الذي يحتمل القسمة، فلايتم بدون الإفراز والحيازَة، أما في مسئلة[3] الدار والجوالق وغيرها الموهوب ممتاز عن غيره، إنما المانع بقاء الشغل واليد، فيتم عند زوال المانع.

قال: [4] ولو وهب الجراب والدار، وسلم وفيها متاع الواهب، ذكرنا أنه لايجوز، فإن وهب له المتاع جازت هبة المتاع.

وكذا لو وهب الجوالق والجراب [والدار][5] أولاً، وسلم، وفيها متاع، ثم وهب ما فيه من الطعام جازت الهبة في الطعام، ولاتتم في الجراب والجوالق والدار[6].

وبمثله لو وهب المتاع والطعام أولا، وسلّم الكلَ ثم وهب له الدار والجراب والجوالق[7]، تمّت الهبة فيهما.

---

(١) وقد مضى تعليله نقلا عن الفتاوى الهندية.

(٢) قال الكاساني معللا هذا القول: لأن المتاع لا يكون مشغولا بالدار، والدار تكون مشغولة بالمتاع لهذا افترقا، فيصح تسليم المتاع، ولا يصح تسليم الدار. «بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٥.

(٣) "مسألة" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "قال" ساقط من (ج) و (د): كما سقط من (ا) و (ب).

(٥) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٦) "والدار" ساقط من (ج) و (د).

(٧) سقطت العبارة من بداية الفقرة إلى: "والجوالق" في (ج) و (د)،

والفرق أنه لما وهب المتاع أولاً، وسلم تمّت الهبة في المتاع لعدم المانع، وهو قيام يدا الواهب عليها، فإذا وهب الدار والجوالق بعد ذلك فقد وهبها، وهي مشغولة بملك الموهوب له لا بملك الواهب، وهذا لا يمنع تمام القبض[1].

أما إذا وهب الدار أولاً، وسلّم فقد سلمها وهي مشغولة بمتاع الواهب، فلم يتم القبض، أو وقع فاسداً، فلم تتم الهبة في الدار لفساد القبض، فإذا وهب له المتاع بعد ذلك وجازت[2] الهبة في المتاع، وزال المانع، لم يفعل[3] في الدار فعلاً يصير به قابضا، فلا تتم هبة الدار.

هذا[4] كما لو وهب نصف الدار، وسلم ثم وهب النصف الباقي، وسلم لم يجز في واحد منهما؛ لأن القبض في النصف الأول[5] وقع فاسداً لمكان الشيوع، ففسد في النصف الباقي، فلاينقلب جائزاً أبداً.

ولو وهب، ولم يسلّم حتى وهب ما فيها من المتاع، وسلم الكل، جازت الهبة في الكل، وكذا لو وهب الجوالق، ولم يسلم، ثم وهب الطعام، وسلم الكل، أو وهب

---

(١) لقد تطرّق أصحاب الفتاوى الهندية إلى فرق لطيف يتعلق بالموضوع حيث قالوا: ولو وهب كل واحد منهما على حدة، كما إذا وهب الأرض ثم الزرع أو الزرع ثم الأرض، إن جمع الأرض في التسليم جازت الهبة فيهما جميعا، وإن فرق في التسليم لا تجوز الهبة فيهما أيهما قدم. «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨٠، وانظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٥.

(٢) كذا في الأصل: وفي (ج) و (د) "جازت"، بسقوط الواو، وما ثبت أصح.

(٣) وفي (ج) و (د): "ولم يفعل"، وهو خطأ.

(٤) "هذا" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "الأول" ساقط من (ج) و (د).

الأرض بدون الزرع ولم يسلم، ثم وهب الزرع، أو وهب النخل بدون التمر ولم يسلم حتى وهب الثمر، وسلّم الكل[1] تمّت الهبة في الكل.

وكذا لو وهب نصف الدار، ولم يسلم حتى وهب النصف الباقي في ذلك المجلس أو في مجلس آخر، و قبض الكل، تمت الهبة في الكل؛ لأن المانع هو الشيوع والاتصال، فيراعى زوال المانع وقت القبض[2] لا وقت العقد.

وكذا لو وهب لرجلين شيئاً يحتمل القسمة، فقبضاها جملةً، جاز في قول أبي يوسف ومحمد، ولو قبض أحدهما نصفه، ثم قبض الآخر، لا تجوز الهبة لواحد منهما؛ لأن ما هو المقصود من الهبة، وهو الملك يثبت عند القبض، فكان القبض[3] بمنزلة الركن، فيراعى زوال المانع وقت القبض.

رجل وهَبَ لرجلٍ جاريةً، وأذن له أن يقبضها فقبض، جازت الهبة.

وهذه المسألة على وجوه ثلاثة: إما أن أذن له بقبضها بعد الهبة، أو نهاه عن القبض بعد الهبة، أو لم يأذن ولم ينه.

ففي الوجه الأول: جازت الهبة، ويصير ملكاً، سواء كانت الجارية بحضرتهما وقت الهبة أو لم تكن، قبض في المجلس أو بعده، أما في المجلس فظاهر، وأما في غير المجلس: في القياس لاتجوز الهبة، وفي الاستحسان تجوز.

وجه القياس: أن القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع لِما عرف، وذلك يتقيّد

---

(١) "وسلم الكل" ساقط من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "البعض" وهو تصحيف.

(٣) "القبض" ساقط من (ج) و (د).

بالمجلس، فكذلك هذا.

وجه الاستحسان: أنه أذن له بالقبض مطلقا، فلايبطل بالقيام عن المجلس، فإذا قبضه صار كأنه قبضه بإذن حادث، فيجعل هبة مبتدأة، ولأن الهبة لاتفيد ملك اليد، ولهذا لايكون له المطالبة بالتسليم، فكان الموهوب له نائبا عن الواهب في القبض، والوكالة لاتبطل بالقيام عن المجلس، وإذا بقيت الوكالة، صار كأنه قال له[1]: "اقبضه ثم هَبه لنفسك"، ولو صرّح بذلك لايتقيّد بالمجلس، ولاكذلك القبول في البيع.

وإن[2] نهاه عن القبض، فقبضها بعد النهي، لايصحّ ولايلكها؛ لأنه لايملك قبل القبض، فكان في القبض بمنزلة الوكيل عن الواهب، فإذا نَهَاه عن القبض[3] فقد عزَله، ويجعل ذلك رجوعا عن الإيجاب، فتبطل الهبة كما لو رجع قبل القبول.

وفي الوجه الثالث: إن كانت الجارية بحَضرتهما، فقبضها الموهوب له في المجلس يصح، ويملكها استحسانا. وفي القياس لا يصح، حتى لو أعتق لا ينفذ إعتاقه، والبيع الفاسد في هذا بمنزلة الهبة.

وجه القياس: أنّ الملك ليس بثابت قبل القبض، فلا يصح قبضه بغير إذنه، كما لا يصح بعد القيام عن المجلس.

ألا ترى أنّ في البيع الجائز كما لا يملك قبض المبيع قبل نقد الثمن بغير إذنه بعد الافتراق، لا يملك في المجلس، حتى لا يبطل حق البائع في الحبس[4] والاسترداد

---

(١) "له" ساقط من (ج) و (د).

(٢) هذا هو الوجه الثاني الذي تطرق إليه المؤلف في ص ١٤٩٨ من هبة رجلٍ لرجل جاريةً.

(٣) "عن القبض" ساقط من (ج) و (د).

(٤) وفي (ج) و (د): "في المجلس" وهو خطأ وتصحيف.

لاستيفاء الثمن، كذلك هنا بل أولى، لأن ثَمّةَ يقبض ملك نفسه، وهنا يقبض ملك الغير.

وجه الاستحسان: أن القبضَ في الهبة والبيع الفاسد بمنزلة التملك، لأن البيع والهبة تمليك، والتمليك إذن بالتملّك كما أن الإيجاب إذن بالقبول، ثم صحة القبول في البيع الجائز[1] لا تتوقّف على الإذن بالقبول، فكذلك القبض في الهبة الصحيحة، والبيع الفاسد لا يتوقف على التصريح بالإذن، ويجعل العقد إذنا بالقبض ما دام العاقدان في المجلس، ما لم يصرّح بالنهي، لأن هذا إذن في ضمن التمليك، فيتقيد بمكان التمليك، وهو مجلس العقد، كما تتقيّد صحة القبول بمكان العقد.

وأما إذا قبض المبيع في البيع الجائز قبل نقد الثمن، ذكر الطحاوي رحمه الله: أنه بمنزلة الهبة إن قبَض في المجلس. في القياس لا يبطل حق البائع في الاسترداد لاستيفاء الثمن، وفي الاستحسان يبطل.

والصحيح ما قلنا أنه لا يبطل حق البائع على كل حال، ووجه ذلك: أن ثمّة حكم العقد وهو الملك ثابت في المبيع قبل القبض، فلا يكون القبض فيه بمنزلة التملك، فلا يكون التمليك إذنا بالقبض دلالة، وما ذكرنا من الجواب في الهبة الصحيحة، والبيع الفاسد، فكذلك في القرض، والرهن، والصدقة، لأن تمام هذه العقود بالقبض بمنزلة الهبة.

قال[2]: رجل وهب دارا و[3] فيها متاع للواهب[4]، فوهب الدار والمتاع جميعا،

---

(١) "الجائز" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "قال" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "و" ساقط من (ج) و (د).

(٤) وفي (ج) و (د): "متاع الواهب".

وخلّى بينه وبين ذلك، وقبضهما الموهوب له جميعا، ولم يحوّل المتاع عن موضعه، أو حوّله ثم جاء مستحق، واستحق المتاع دون الدار، فالهبة في الدار جائزة[1].

وعن أبي يوسف أنها تبطل، وجه هذه الرواية [2] أنه لما استحق المتاعَ ظهر أن الدار كانت مشغولة بعيَن لغير الموهوب له، فتبطل الهبة.

وجه ظاهر الرواية: أنه حين وهب الدار والمتاع، وسلّم، كان الكل في يد الواهب ملكا له من حيث الظاهر، فصحّ التسليم إلى الموهوب له، وباستحقاق المتاع إن ظهر أنّ المتاع لم يكن للموهوب له، لم يظهر أنه لم يكن في يد الموهوب له.

ولهذا لو وهبه المستحق لولده الصغير لا يصح، ولو كان في يد المستحق يصح، وإنما تبطل الهبة في الدار إذا كانت مشغولة بمتاع في يد الواهب، أو بمتاع في يد غير الموهوب له، أما إذا كان المتاع في يد الموهوب له بغصب أو عارية أو غير ذلك، فذاك لا يمنع الهبة في الدار.

ألا ترى أنه لو أعار الدارَ، ثم إن المستعير غصب متاعا من رجل، ووضعه في الدار، ثم وهب المعير الدار من المستعير، جازت الهبة، وإن كانت الدار مشغولة بمال المغصوب منه[3].

وكذا لو أعار داره من رجل، ثم إن صاحب الدار غصب متاعا، وأودعه عند المستعير في الدار، ثم وهب المعير الدار للمستعير جازت الهبة، لأن المتاع وإن كان للمغصوب منه، فيد المستعير ثابتة عليه، وذاك يكفي لجواز الهبة، وكذلك هنا.

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨١.

(٢) قوله: "وجه هذه الرواية" ساقط من (ج) و (د).

(٣) انظر «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨١.

وللمستحق أن يضمن الموهوب له قيمة متاعه إن هلك المتاع، وإن شاء ضمن الواهب؛ لأن كل واحد منهما غاصب في حقه[1].

واختلف مشايخنا في هذا الجواب، قال بعضهم: هذا قول محمد، لأن عنده ضمان الغصب[2] يجب من غير نقل وتحويل، أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف إذا لم يحوّل المتاع لا يجب عليه الضمان[3]، لأن عندهما لا يجب الضمان إلا بالنقل والتحويل لما عرف في غصب العقار.

ومنهم من قال: هذا الجواب مشكل عند الكل، أما على قولهما فظاهر وكذلك على قول محمد، لأن عنده في المنقول لا يجب الضمان بدون النقل والتحويل. ألا ترى أنه لو باع الدار والمتاع من رجل، وسلمهما إلى المشتري، فلم يحول المشتري المتاع حتى هلك، ثم جاء مستحق، واستحق المتاع، كان له أن يضمن البائع، وليس له أن يضمن المشتري، فكان الجواب مشكلا على قول الكل.

وحكي عن القاضي أبي عاصم العامري[4] أنه قال: هذا الجواب صحيح عند

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨١.

(٢) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "ضمان غصب".

(٣) انظر «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨١.

(٤) هو محمد بن احمد، القاضي، الإمام، أبو عاصم، العامري، وذكر التقي التميمي أنه يقال له: "أبو عاصم" و "أبو عصمة"، كان قاضيا وإماما بدمشق، ومن تصانيفه «المبسوط» نحوا من ثلاثين مجلدا، ونقل اللكنوي عن السمعاني أن "العامري" نسبة إلى عامر بن لؤي، وعمر بن صعصعة، وعامر بن عدي.

انظر ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١٩٣٨ و ١٩٥٢، «الطبقات السنية» برقم ١٨٨٣،

الكل[1]، لأن الهبة لا تفيد ملك اليد قبل القبض، ولا تفيد ملك الرقبة في الحال، وإنما تفيد بعد القبض، فكان يد الموهوب له يد نيّابة لا يد ملك، ويد الواهب على المتاع كانت يداً ناقلة، فإذا تحوّلت إلى الموهوب له تتحوّل بتلك الصفة، ويصير الموهوب له ناقلا من حيث التقدير، فيضمن لذلك، بخلاف البيع، لأن البيع يفيد نقل ملك الرقبة قبل القبض، فيفيد ملك اليد.

ولهذا كان للمشتري أن يطالب البائع بتسليم المبيع، فكأن يد المشتري يد نفسه لا يد البائع، فلا يجب الضمان عليه إلا بالنقل والتحويل، فوزان مسألة الشراء من مسألتنا.

إذا اشترى شيئا، ووكّل رجلا بالقبض، فقبض الوكيل، وهلك في يده، ثم جاء مستحق واستحقه، كان له أن يضمن الموكل، لأن يد الوكيل انتقلت إلى الموكل، فتنتقل بتلك الصفة.

فإن قيل: الغصب واجب الإعدام لا واجب التقرير، وفي جعله ناقلا تقرير العدوان، فلا يجوز.

والجواب: إنما صار ناقلا ضرورةَ صحة الهبة من حيث الظاهر، وانتقال اليد إليه، فكان للمستحق أن يضمن أيّهما شاء، وأيّهما ضمن لم يرجع على صاحبه، أما الواهب فلأنه يملك المضمون بأداء الضمان، فيصير واهبا ملك نفسه، وأما الآخر فلأنه إنما ضمن بفعل باشره لنفسه فلا يرجع كالمستعير.

وكذا لو وهب جرابا أو جوالقا فيها متاع، فوهب الكل، وسلم، ثم استحق الطعام،

«الفوائد البهية» ص ١٦٠، كتائب أعلام الأخيار برقم ٢٢٩.

(١) لقد ذكر جامعوا الفتاوى الهندية ناقلين عن محيط السرخسي بأن هذا قولهم جميعاً أي للإمام وصاحبيه. انظر «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨١، و« مجمع الضمانات» ٣٣٧.

جازت الهبة في الجراب والجوالق[1]، وكذا لو أودع الدار والمتاع عند رجل، ثم وهب الكل له، ثم استحق المتاع، لا تبطل الهبة في الدار[2] لما قلنا، وهذه المسألة تدل على أنّ الموهوب له يصير قابضا بالتخلية، حيث جعله قابضا قبل التحويل.

وذكر في الأصل ما يدل على أنه لا يصير قابضا بالتخلية، فإنه قال:

لو وهب عبدا لرجل، والعبد بحضرتهما، وأذن له بالقبض، ثم نهاه عن القبض، يصح نهيه، لأن الملك لم يثبت فيصح نهيه، ولو صار قابضا بالتخلية لما صحّ نهيه، ويكون رجوعا عن الهبة، فلا يصح بعد القبض إلا بقضاء أو رضا.

وهذا فصل اختلف فيه المشايخ، ذكر الفقيه أبو الليث[3] رحمه الله، وقال: على قول أبي يوسف لا يصير قابضا بالتخلية، وما ذكر هنا[4] قول محمد.

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨١.

(٢) انظر «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨١.

(٣) هو نصر بن محمد بن أحمد بن إبرهيم، أبو الليث، الفقيه، السمرقندى المشهور بإمام الهُدى، تفقّه على الفقيه أبى جعفر الهندوانى عن أبى القاسم الصفار عن نصير بن يحيى عن محمد ابن سماعة عن أبى يوسف، صاحب التصانيف المشهورة: «تفسير القرآن» و«فتاوى النوازل» و«العيون» و«الفتاوى» و«خزانة الفقه» و«بستان العارفين» و«شرح الجامع الصغير» و«تنبيه الغافلين» وغير ذلك. توفي سنة ٣٧٣ هـ.

انظر ترجمته في: الجواهر المضية برقم ١٧٤٣، الطبقات السنية برقم ٢٥٩٩، الفوائد البهية ص ٢٢٠، كتائب أعلام الأخيار برقم ٢١٦، طبقات الفقهاء لطاش كبري زاده ص ٧٤، مفتاح السعادة ٢/ ٢٧٧، كشف الظنون ١/ ٢٤٣، ٣٣٤، ٤٤١، ٤٨٧، ٢/ ١١٨٧.

(٤) وفي (ج) و (د): "هاهنا".

وقال شمس الأئمة الحلواني[1] رحمه الله: التخلية قبض في الهبة الصحيحة.

وعن أبي يوسف في بعض الروايات: إذا وهب عبدا حاضرا وقال: اقبضه، فقال الموهوب له قبل أن يبرح العبد عن مكانه: "قبضتُ"، جاز، ولا يكفي قوله: "قبِلت"، ولو لم يقل الواهب: "اقبضه"، لا يصير قابضا ما لم يقبض بفعله.

وفي البيع الفاسد عن أصحابنا روايتان: في رواية لا يصير قابضا بالتخلية، وفي رواية يصير قابضا.

وأما الهبة الفاسدة نحوْ الهبة في المشاع، اتفقت الروايات على أنه لا يصير قابضا بالتخلية، ولو وهب أرضا فيها زرع، وقد استحصد أو لم يستحصد، أو نخلا فيها ثمر، فوهب الكل، وسلّم جملة، ثم استحق الزرع والثمن، بطلت الهبة في الأرض والنخل، وكذا لو استحق الأرض والنخل، لأن الزرع مع الأرض بحكم الاتصال كشيء واحد، وكذلك النخل والتمر[2]، فإذا استحق أحدهما كان هذا بمنزلة استحقاق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة، فتبطل الهبة في الباقي.

والصدقة والرهن في هذا بمنزلة الهبة، لأن كل واحد منهما لا يجوز في المشاع، ولا يتم بدون القبض.

ولو وهب تمرا في نخل، أو زرعا لم يحصد في أرض، أو بناءَ دار لم ينقض، أو حلية سيف، أو نخلا في أرض، وأذن له الواهب في الجداد، والحَصاد، ونقض البناء،

---

(١) هو عبد العزيز بن احمد، شمس الأئمة الحُلواني، تقدم ترجمته في ص ٢٠٧.

(٢) كذا ثبت في الأصل، وتغيرت العبارة في (ج) و (د) كالتالي: "لأن الزرع مع الأرض، أو النخل والتمر بحكم الاتصال كشيء واحد".

ونزع الحلية، وقبَض ذلك[1]، ففعل[2] الموهوب له ذلك، وقبضه[3] منزوعا مفرَزا، جاز استحسانا، ولا يجوز قياسا.

وكذا لو باع قفيزا من صبرة، وأمره بكيله فكاله، فهو على القياس والاستحسان، ونظيره لو وهب الدين لغير من عليه الدَين[4]، وسلّطه على القبض، فقبض، في القياس لا يجوز، وفي الاستحسان يجوز.

وجه القياس: أنّ الهبة وقعت فاسدة لوقوعها في المشاع الذى يحتمل القسمة، فلا تنقلب صحيحة.

وجه الاستحسان: أنّ الهبة تمت في المفرز، لأن الواهب لما أمره بذلك فقد وكّله بالحصاد وغيره، وأقامه مقام نفسه، فصار كأنّ الواهب أفرَزَه بنفسه، ثم سلم[5] إليه بحكم الهبة فيجوز.

وإن وهب شيئا مما وصفنا، ولم يأذن له في قبضه، ولا في نقضه، ولا في جداده، ولم ينهَه، فحصد الموهوب له، ونقض البناء، ونزع الحلية بمحضر من الواهب في المجلس أو غيره، لا يجوز، ولا يثبت له الملك. لم يجعل عقد الهبة إذنا بالحصاد وغيره، وجعلها إذنا بالقبض فيما تقدم، والفرق من وجهين:

أحدهما: أن عقد الهبة إذن بما يقع به الملك، وهو القبض، لا بزيادة تصرف في

---

(١) "ذلك" ساقط من (ج) و (د) وثبت في (ا) و (ب).

(٢) كذا في الأصل وفي (ا) و (ب)، وقوله: "ففعل" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "وقبضه" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "الدين" ساقط من (ج) و (د).

(٥) وفي (ج) و (د): "وسلم".

ملك الواهب، ونقض البناء وغير ذلك زيادة تصرف على أصل القبض، فلا يستفاد بالعقد.

والثاني: أنّ إضافة الهبة إلى الشائع وقعت فاسدة، يستحق نقضها، فلا يجعل إذنا بتقرير الحرام، فكان القبض حاصلا بغير إذن الواهب.

أما الهبة الصحيحة لا يجب عليه نقضها، فيجعل إذنا بالقبض دلالة مادام في المجلس، ثم قال: ويضمن الموهوب له إن أفسد شيئا من ذلك، لأنه أفسد مال الغير بغيرإذنه[1]، ويضمن[2] أيضا ما هلك في يده بعد الجداد والحصاد، لأنه قبض مال الغير بغير إذنه فيكون مضمونا عليه، وكان الدين للواهب على غريمه في مسألة الدين.

ـ والله أعلم ـ

---

(١) قوله: "ويضمن الموهوب له إن أفسد شيئا من ذالك، لأنه أفسد مال الغير بغيراذنه" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في الأصل، كما ثبت في (ا) و (ب).

(٢) "ويضمن" ساقط من (ج) و (د). وثبوته أصح.

باب من الهبة التي يرجع فيها في الأضحية والهدي الواجب وغيره

جمع في الباب فصلين: أحدهما في إيجاب القرابين، والثاني في الأسباب المعترضة عليها.

والقرابين سبعة: الأضحية، ودم القران، ودم المتعة، والهدي المنذور بعينه أو بغيره[1]، وجزاء الصيد، ودم الإحصار، والتطوّع.

والأسباب المعترضة سبعة: الرجوع في الهبة بعد الذبح أو قبله، والرجوع بسبب عيب في المنذور[2]، والرجوع بسبب عيب في الهدي، والاستحقاق، وفساد البيع، وهبة المريض، والهلاك بالسرقة والاحتراق[3].

وبناهما على أصول:

منها: أنّ تعلق حق الله تعالى بالمال لا يمنع النقل والتحويل، لما روي أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع دينارا إلى حكيم بن حِزَام[4] رضي الله عنه، وأمره أن يشتري له

---

(١) وفي النسخ الأخرى: "أو بغير عينه".

(٢) وجاء في (ا) و (ب): "الرجوع بسبب عيب في البدل".

(٣) لم يتقيّد الشارح رحمه الله في عرض الأسباب المعترضة ترتيبَ الأمام الشيباني في مسائل الباب، بل ذكره سردا مجملا.

(٤) هو حكيم بن حِزام بن خويلد بن أسد بن عبدالعزى بن قصي الأسدي، ابن أخي خديجة زوج

شاةً للأضحية، فاشترى شاة للأضحية، ثم باعها بدينارين، ثم اشترى بأحد الدينارين شاة، وجاء بالشاة والدينار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأخبره بذلك، فقال له[1] عليه السلام: «بارك الله في صفقة يمينك»[2]، جوّز رسول الله صلى الله عليه وسلم

النبي ﷺ، له حديث في الكتب الستة. روى عنه ابنه حزام وعبدالله بن الحارث بن نوفل وسعيد بن المسيب وموسى بن طلحة وعروة وغيرهم. حكى الواقدي أنه ولد قبل الفيل بثلاث عشرة سنة، وكان من سادات قريش، ومن العلماء بأنساب قريش وأخبارها، وكان صديق النبي ﷺ قبل المبعث، وكان يوده ويحبه بعد البعثة، ولكنه تأخر إسلامه حتى أسلم عام الفتح. وثبت في الصحيح أنه ﷺ قال: "من دخل دار حكيم بن حزام فهو آمن". قال البخاري في التاريخ: مات سنة ستين، وهو ابن عشرين ومائة سنة. انظر ترجمته في: أسد الغابة ت ١٢٣٤، الاستيعاب ت ٥٥٣، الإصابة ت ١٨٠٥ تاريخ البخاري ٣/ ١١، الجرح والتعديل ٣/ ٢٠٢، جمهرة أنساب العرب ١٢١، تاريخ ابن عساكر ٥/ ١٢٣، تهذيب الكمال ٣٢١، تاريخ الإسلام ٢/ ٢٧٧، العبر ١/ ٦٠، تهذيب التهذيب ١/ ١٦٩.

(١) "له" زيادة من (ا).

(٢) حديث حكيم بن حزام أخرجه أبوداود عن حكيم بن حزام بلفظ: «أن رسول الله ﷺ بعث معه بدينار يشتري له أضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين، فرجع فاشترى له أضحية بدينار وجاء بدينار إلى النبي ﷺ فتصدق به النبي ﷺ ودعا له أن يبارك له في تجارته». كتاب البيوع باب في المضارب يخالف، الحديث: ٣٣٨٦، وأخرجه الترمذي في البيوع بلفظ: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث حكيم بن حزام ليشتري له أضحية بدينار، قال: فأشتري أضحية فأربح فيها دينارا فاشترى أخرى مكانها فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله ﷺ فقال: ضح بالشاة و تصدق بالدينار»، الحديث: ١٢٥٧.

فما ذكره الشارح من قول النبي ﷺ: «بارك الله في صفقة يمينك»؛ لم يرد في واقعة حكيم بن

منه[1] بيع الأضحية، ودعا له بالبركة.

ولأن محل الوجوب الذمة، والمال محل لإقامة القربة، فقبل الإقامة يكون المحل خاليا عن الحق.

وأصل آخر: أن ما كان الواجب فيه الإراقة دون الصدقة، كالأضحية ودم المتعة والقران، لا يضمن بإزالة المذبوح عن ملكه إلا أن يعتاض عنه، فيلزمه التصدق بالعوض[2]، لأن الشرع أباح له الأكل[3]، وحرّم عليه التموّل.

حزام، إنما ورد هذا في حديث عروة البارقي، رواه الإمام الترمذي في البيوع عن عروة البارقي قال: «دفع إليّ رسول الله ﷺ ديناراً لأشتري له شاة، فاشتريت له شاتين فبعت أحداهما بدينار، وجئت بالشاة والدينار إلى النبي ﷺ فذكر له ما كان من أمره، فقال له: بارك الله لك في صفقة يمينك»، الحديث: ١٢٥٨، وأخرجه أبو داود في سننه، وفيه: «فدعا له بالبركة في بيعه، فكان لو اشترى تراباً لربح فيه». كتاب البيوع باب في المضارب يخالف، الحديث: ٣٣٨٤، وأخرجه البخاري في كتاب المناقب، الحديث: ٣٦٤٠، والحديث: ٣٦٤١، والحديث: ٣٦٤٢، وأخرجه ابن ماجه في كتاب الصدقات باب الأمين يتجر فيه فيربح، الحديث: ٢٤٠٢.

فلعله اختلط على الشارح وجمع بين ألفاظ حديث حكيم بن حزام وحديث عروة البارقي.

(١) "منه" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) لا يجوز بيع شيء من لحوم الهدايا، وإن كان مما يجوز الأكل منه، كما صرّح به ابن الهمام، لأنها صارت لله تعالى خالصا، فلا ينبغي له أن يشتغل بالتجارة فيها، ولو لا الإذن من قبل من له الحق لما أبيح له التناول منها، وليس من ضرورة الإذن في التناول الإذن في التجارة، والمنصوص عليه الإذن في التناول لقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ﴾ [الحج: ٢٨]، فإن باع شيئاً منه، يلزمه التصدق بعوضه، لأنه متلف حق الفقراء في ذلك القدر. «المبسوط» ٤/ ٧٦، و «مناسك ملا علي القاري»، ص ٤٧٣.

وما كان الواجب فيه الصدقة بالمذبوح، فأدّاه بمحل ثم استحق، فإن كان التصدّق واجبا في ذمته قبل الإراقة يضمن، وإن لم يكن التصدق واجبا في ذمته، ووجب التصدق بعد الإراقة لمعنى في عينه، فاستحق لا يضمن، وإن ذهب العين لا بصنع منه لا يضمن في[1] ذلك كله لما يذكر في أثناء المسائل.

وأصل آخر: أن انتقاص الموهوب لا يُبطل حق الواهب في الرجوع، لأن النقصان ليس إلا ذهاب البعض، وحق الواهب كان ثابتا في الكل، فيبطل فيما هلك، ويبقى فيما بقي[2].

بدأ الباب بالأول من المعترضات، وهو الرجوع في الهبة، فقال:

رجل وهب لرجل شاة أو بقرة أو بَدَنة، فقبضها الموهوب له، وأوجبها للأضحية أي عيّنها لها، أو لتمتع، أو قران، أو جزاء صيد، أو دم إحصار[3]، أو كفارة حلق، أو نذر، أو غير ذلك، أو قلّد البدنة، وأوجبها تطوّعا، ولم ينحرها حتى أراد الواهب أن يرجع

---

(٣) والضابط في ذلك ما ذكره الفقهاء بأن كل دم وجب شكرا، فلصاحبه أن يأكل منه، ويؤكل الأغنياء والفقراء، ولا يجب التصدق به، ويسقط دم الشكر بمجرد الذبح، حتى لو سرق أو استهلكه بنفسه أو بغيره بعد الذبح لا يلزمه شيء من الضمان، وكل دم وجب جبرا لا يجوز له الأكل منه ولو كان فقيراً ولا للإغنياء، ويجب التصدق بجميعه، حتى لو استهلكه بعد الذبح، لزمه قيمته للفقراء، انظر «مناسك ملا علي القاري» ص ٤٧٣ . «ردّ المحتار» ٢/ ٦١٦، و«المبسوط» ٤/ ٧٥، وانظر «الفتاوى الهندية» ١/ ٢٦٢.

(١) "في" ساقط من (ج).

(٢) انظر «المبسوط» ١٢/ ٧٥، و«الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨٦.

(٣) وفي (ج) و (د): "دم إحصاره".

فيها، كان له ذلك.

وعن أبي يوسف في «الأمالي»: ليس له أن يرجع، وجه تلك الرواية: أنه لما جعلها لله تعالى فقد أبطل ملك نفسه [عنها][1]، والتحق بالمسجد والوقف.

وجه ظاهر الرواية: أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى، وإيجاب الله تعالى لا يمنع النقل والتحويل، ولا يُبطل الملك لما قلنا في الزكاة.

ولو كان النصاب جاريةً يحل[2] له وطؤها بعد وجوب الزكاة، ولو زال ملك المال عن قدر الزكاة تصير الجارية مشتركة، فلا يحل له الوطء، فكذلك إيجاب العبد لا يبطل الملك، لكن يجعله بعرض أن يزول، ومثل هذا لا يخرجه من أن يكون محلا للنقل، ولا يمنع رجوع الواهب.

ألا ترى أنه لو وهب ألفا لرجل، فحال عليها الحول عند الموهوب له، ثم رجع الواهب فيها صح رجوعه، وكان له ذلك عند الكل، كذا ذكر شمس الأئمة الحلواني[3] رحمه الله في «الزيادات»[4]، فكذلك هذا. ولا كذلك المسجد لأنه تجرّد عن حقوق العباد، وصارلله تعالى خالصا.

فإن لم يرجع حتى نحَرها الموهوب له لشيء من هذه القرب، أو نحرها من غير سبب، كان للواهب أن يرجع فيها، لأنه كان يملك الرجوع قبل الذبح، فكذلك بعده؛ لأنه نقصان.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٢) وفي (ج) و (د): "حل له".

(٣) هو الإمام عبد العزيز بن أحمد شمس الأئمة الحُلواني، تقدم ترجمته في ص ٢٠٧.

(٤) يقصد أنه ذكره في «شرح الزيادات» له، والله أعلم.

وإذا رجع الواهب في الهبة لا يبطل ما صنع الموهوب له من القرب، لأن القربة تأدّت بالإراقة، وما ذهب بالإراقة لا يتصور فيه الرجوع، فكانت القربة ماضية على ملكه.

ثم ينظر إن كان الذابح ذبحها تطوعا، أو للأضحية، أو المتعة، أو القران لا يلزمه شيء [آخر][1]، لأن الواجب عليه بهذه الأسباب إراقة الدم لا غير[2]، ولهذا كان له أن يأكل، ويؤكل الأغنياء، وقد وجدت الإراقة، فلا يلزمه شيء آخر، كما لو وهبها لغيره بعد الذبح.

أما في حق الصيد، ودم الإحصار، والحلق يضمن [قيمته][3] منحورا، لأن الواجب عليه بهذه الأسباب شيئان: الإراقة، والصدقة بلحمها[4] كفارةً وزجراً، ولهذا لا يحل له أن يأكل، ويؤكل الأغنياء، فكان عليه إقامة هذه القربة بما هو خالص حقه، ليتمكّن من التصدّق بلحمها، فإذا أقامها بمحل مشغول بحق الغير، وأدّى ذلك الحق إلى الاستحقاق، كان مقصرًا مفوّتا، فيكون ضامنا[5] تحقيقا للزجر، وتشديدا عليه.

---

(١) "آخر" زيادة من (ا) و (ب).

(٢) في (ا) و (ب): "الإراقة لا غير".

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ج) و (د).

(٤) والضابط فيه ماذكره في «الفتاوى الهندية» بأن كل دم يجوزله أكله، لا يجب عليه التصدق به بعد الذبح، بل يستحب أن يتصدق بالثلث، وما لا يجوز له أكله يجب عليه التصدق به، فلو هلك بعد الذبح لا ضمان عليه في الكل، وإن استهلكه بعد الذبح إن كان مما يجب عليه الصدقة به يغرم قيمته، ويتصدق بها، وإن كان مما لا يجب عليه الصدقة به لا يغرم شيئاً. «الفتاوى الهندية» ١/ ٢٦٢.

(٥) في (ج) و (د): "فيضمن تحقيقاً" وما أثبت من الأصل ومن (ا) و (ب).

أما إذا سرق أو احترق، وهو الثاني[1] من المعترضات، لا يضمن شيئا[2] لأنه لم يعجز عن التصدق لمعنى يمكن الاحتراز عنه، ولا لمعنى من قبله، فلا يكون مفوِّتا[3]، فلا يصير ضامنا[4] إلا في جزاء الصيد في قول محمد رحمه الله.

قال: والرجوع في الهبة بقضاء أو بغير قضاء سواء، لما عرف في الأصل.

أما النذر فإن كان الموهوب له نذر أن يهدي بها، فهو على وجهين:

إن كان بعينها[5] بأن قال الموهوب له[6]: "لله عليَّ أن أنحر هذه البدنة"، فرجع الواهب في الهبة قبل الذبح أو بعده، لا يلزمه شيء، وإن لم يرجع الواهب لكن الموهوب له وهبها للواهب أو لغيره هبة مستقبلة، إن وهب قبل الذبح كان عليه مثلها، وإن وهب هلك كما والأصل بعد الذبح فعليه قيمتها.

فرّق بين هذا وبين رجوع الواهب.

---

(١) كذا في الأصل وفي (ا)، وجاء في (ج) و (د): "وهو السابع من المعترضات" فالثاني حسب عرض الإمام الشيباني للمسائل، والسابع على ترتيب ما ذكره الشارح في فاتحة الباب.

(٢) أي سرق المذبوح أو احترق فلا شيء عليه، لأن الذبح قد بلغ محله، ووجوب التصدق كان متعلقاً العين فيسقط بهلاك العين، وإن سرق قبل الذبح فعليه بدله، لأنه لم يبلغ محله بعد، نظير الأضحية الواجبة إذا سرقت قبل الذبح. «المبسوط» ٤/ ٧٥.

(٣) وعلّل له الإمام العتابي بأنه فات لا بصنعه أصلا فلم يوجد سبب الضمان. «شرح الزيادات» للعتابي، ورق ٩٣.

(٤) في (ج) و (د): "لا يضمن".

(٥) العبارة في (ج) و (د): "أما إن كان بعينه".

(٦) "الموهوب له" ساقط من (ج) و (د).

والفرق: أنّ الناذر في النذر المعين لم يلتزم القربة إلا بمحل مشغول بحق الغير، فإذا أدّى ذلك الحق إلى الاستحقاق صار بمنزلة الهالك[1]، فلا يلزمه غيره، أما في الهبة المبتدأة لم يفت المحل بذلك الحق، وإنما فات بتفويته، فيضمن حق الفقراء.

وإن كان النذر بغير عينه بأن قال: لله عليّ أن أنحر بدنة، ثم وهب له بدنة فقبضها، وعيّنها لقضاء ما عليه، وقلّدها، ثم رجع الواهب في هبته بغير قضاء، أو بقضاء بعد ما بلغت الحرم، أو قبل ذلك رجع[2] قبل الذبح، بقيت المنذورة في ذمته على حالها، لأن ما كان واجبا في الذمة لا يسقط إلا بالأداء، وإن رجع الواهب بعد الذبح كان عليه قيمتها مذبوحة، يتصدق بتلك القيمة؛ لأن الإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان مخصوص، أو مكان مخصوص.

والناذر لم يذكر الزمان في نذره، فإنما صح نذره لكونه إيجابا للتصدق، فجعل نذرا بالتصدق بلحمه، تصحيحا لنذره، وصار كأنه قال: لله عليّ أن أنحر بدنة، وأتصدّق بلحمها، ولو صرح بذلك يلزمه شيئان: الإراقة، والصدقة باللحم، ويلزمه إقامة ذلك فيما هو خالص له.

فإذا عيّن محلا هو مشغول بحق الغير، وأدى ذلك الحق إلى الاستحقاق، صار مفوّتا محل الصدقة، فيلزمه التصدق بقيمتها. وإن هلك شيء من ذلك بعد الذبح لا يضمن.

وإن لم يرجع الواهب فيها لكن وهبها له أو لغيره، فكذلك الجواب، إن وهبه قبل الإراقة فعليه مثلها، وإن وهب بعد الإراقة عليه التصدق بقيمتها منحورة، لما قلنا في رجوع

(١) في (ا) و (ب): "بمنزلة الهلاك".

(٢) "رجع" ساقط من (ج) و (د).

الواهب بل أولى، لأن هنا فات المحل بفعله حقيقة، وإن هلك بآفة سماوية بعد الذبح، لا شيء عليه في هذه المسائل لما قلنا.

وأما الوجه الثاني[1]: رجل وهب لرجل بدنة، فأوجبها الموهوب له تطوعا، وقلّدها، فبلغت الحرم[2]، ونحرها، ثم رجع الواهب فيها، لا شيء على الموهوب له[3]، لأنه لم يلتزم القربة إلا بمحل مشغول بحق الغير، فذهابه بذلك الحق لا يوجب الضمان[4]، وهي كالأضحية ودم المتعة والقران.

وإن عطبت بغير الحرم قال: ينبغي أن ينحرها، ويتصدق بها[5]، ولا يأكل منها، ولا يؤكل غنيا، ولو فعل يتصدّق بقيمته ذلك[6].

عرفنا ذلك لما روي عن النبي عليه السلام أنه بعث الهدايا على يد ناجية بن جندب

---

(١) كان في الأصل وفي (ج) و (د): "الوجه الثالث"، وهو خطأ، والتصحيح من (ا).

(٢) قوله: "فبلغت الحرم" أي عطبت هناك. فنحرها في الحرم، كما يتضح من سياق المسائل، فقال في المسألة التالية: "وإن عطبت بغير الحرم".

(٣) «مناسك ملا علي القاري» ص ٤٧٥.

(٤) لأن تعدي التطوع غير مختصّ بيوم النحر، وإنما عليه تبليغه محلّه بأن يذبحه في الحرم، وقد فعل ذلك. راجع ما قاله قاضي خان رحمه الله في ١٥٣٦، أما إذا نحرت في الحرم... وانظر «المبسوط» ٤/ ١٤٣.

(٥) وذلك أفضل من أن يتركه للسباع، قال السرخسي: هكذا نقل عن عائشة رضي الله عنها. انظر «المبسوط» ٤/ ١٤٥.

(٦) جاء في «مناسك ملا علي القاري»: ولو هلك هدي التطوع قبل وصوله الحرم لا يجوز الأكل منه للمتطوع ولا للأغنياء، ولو أكل منه ضمن ما أكل ص ٤٧٣ و٤٧٥.

الأسلمي[1] رضي الله عنه، فقال: ماذا أصنع بما عَطِبَ منها يا رسول الله؟ فقال عليه السلام: «انحرها، ثم أصبغ نعلها بدمها، واضرب بها صَفحة سنامها، وخلّ بينها وبين الناس، وقل: من شاء فليقطع، ولا تأكل أنت، ولا أحد من رُفْقَتِكَ»[2]، كأنه عليه

---

(١) ناجية بن جندب بن عمير بن يعمر الأسلمي. صاحب بُدْن رسول الله ﷺ؛ كان اسمه ذكوان، فسماه النبي ﷺ ناجية حين نجا من قريش. وذكر ابن أبي حاتم عن أبيه - أن ناجيه مات بالمدينة في خلافة معاوية. راجع لترجمته إلى: السير والمغازي ٢٣٩، تهذيب التهذيب ١٠/ ٣٩٩، الجرح والتعديل ٨/ ٤٨٦، المغازي للواقدي ٥٧٤، التاريخ الكبير ٨/ ١٠٧، الكاشف ٣/ ١٩٥، تهذيب الكمال ٣/ ١٤٠، تقريب التهذيب ٢/ ٢٩٤، أنساب الأشراف ١/ ٣٥٣، الكامل في التاريخ ٤/ ٤٤، تحفة الأشراف ٩/ ٣، أسد الغابة ت ٥١٦٥، الاستيعاب ت ٢٦٨٦، الإصابة ت ٨٦٦٣.

(٢) حديث صحيح، أخرجه ابن ماجه في سننه عن ناجية الخزاعي - وكان صاحب بدن النبي ﷺ - قال: قلت: يا رسول الله! كيف أصْنَعُ بما عَطِبَ من البُدْن قال: «انْحَرْه، واغْمِسْ نَعْلَهُ في دمه، ثم اضرب صَحْفَتَه وخل بينه وبين الناس فليأكلوه» كتاب المناسك باب في الهدي إذا عطب، الحديث: ٣١٠٦، وأخرجه أبو داود في كتاب الحج باب في الهدي إذا عطب قبل أن يبلغ، والحديث: ١٧٦٢، وأخرجه الترمذي في كتاب الحج باب ما جاء إذا عطب الهدي ما يصنع به، الحديث: ٩١٠، وقال: حسن صحيح، وأخرجه الإمام مالك ١/ ٣٨٠، والحميدي، الحديث: ٨٨٠، وابن حبان ٤٠٢٣، وابن خزيمة ٢٥٧٧، والحاكم ١/ ٤٤٧، والبيهقي ٥/ ٣٤٣، وأحمد ٤/ ٣٣٤، كلهم من حديث ناجية الخزاعي.

وليس فيه قوله ﷺ: «لا تأكل أنت ولا أحد من رفقتك»؛ إنما ورد هذا فيما رواه ابن عباس أن ذؤيبا الخزاعي حدّث أن النبي ﷺ كان يبعث معه بالبدن، ثم يقول: «إذا عطب منها شيء فخضيت عليه موتاً فانحرها ثم اغمس نعلها في دمها، ثم اضرب صفحتها، ولا تطعم منها أنت ولا أحد من أهل رُفقتك»، أخرجه ابن ماجه في المناسك، الحديث: ٣١٠٥، وأخرجه أبوداود

السلام علم أن رفقته أغنياء.

وإنما أمره بما قلنا ليكون علامة يعرف كل من يمرّ بها أنها هدي، فلا يأكل منها إن كان غنيا، وإن كان فقيرا يأكل.

والمعنى فيه أنه التزم القربة بإراقة الدم، والإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان مخصوص أو مكان مخصوص، فإذا عطب دون الحرم، وفاتت القربة بالإراقة، والأصل في القرب المالية هو التصدق، يقوم التصدّق مقام الإراقة، وينتقل إلى الصدقة، ويلتحق الحيوان بالعرض.

ولو نذر أن يهدي بغير الحيوان كالثياب ونحوها، يلزمه تصدق[1]، كذلك هنا، فإن تصدّق بعينها جاز لحصول المقصود، وإنما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنحر لتفرق بجميعها على المساكين، فإن تناول شيئا من لحمها كان عليه أن يتصدّق بقيمة ما أكل على الفقراء، لأنه أتلف حق الفقراء فيضمن.

أما إذا نحرت في الحرم، فقد أقام الملتزم، ووقعت الإراقة قربة، فلا يلزمه شيء آخر[2].

وهذا بخلاف ما إذا عيّنها عن واجب نحو جزاء الصيد، وما كان واجبا في الذمة،

في المناسك، الحديث: ١٧٦٣، واللفظ فيه: «ولا تأكل منها أنت ولا أحد من أصحابك» أو قال: «من أهل رفقتك»، وأخرجه مسلم في الحج، الحديث: ٢٣٠٥، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده، الحديث: ١٨٦٩و ٢١٨٩ و ٢٥١٨.

(١) "التصدق" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «المبسوط» ٤/ ١٤٣، «مناسك ملا علي القاري» ص ٤٧٥.

[و][1]عطب في الطريق فنحرها، كان له أن يأكل منها[2]، ويؤكل غنيا، لأن ثمّة إذا عطب هذا[3] في الطريق صار كأن لم يعيّن، فبقي ما كان واجبا في الذمة على حاله[4]، فلا يلزمه التصدق بالمنحور، فكان له أن يأكل منه.

وإذا وجب التصدق بالذي عطب في الطريق، ولم يجد من يتصدّق بها عليه، يعلّمه بعلامة[5] لما قلنا.

فإن رجع الواهب فيها قبل أن ينحر، لا يلزمه شيء، لأن التصدق ما كان واجبا عليه في الأصل، وإنما يجب التصدق بعد الإراقة مع بقاء المحل إتماما للقرب بقدر الممكن، فإذا فات المحل لا بصنعه، لا يلزمه شيء.

الثالث من المعترضات:

رجل اشرى شاة أو بدنة بفضّة بعينها لشيء مما قلنا، ثم إن بائع البدنه وجد بالفضة عيبا[6]، كان له أن يردّها؛ لأن المعاوضة تقتضي السلامة عن العيوب.

وإذا رد الفضة، قال: ينتقض البيع، جعَل الفضة في هذه الرواية مما يتعين، وألحقها

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) لما كان الهدي واجبا وعطب في الطريق، فهو لصاحبه، يصنع به ما شاء لأنه قصد بهذا إسقاط الواجب ذمته، فإذا أخرج من أن يكون صالحا لإسقاط الواحب به بقي الواجب في ذمته كما كان. «المبسوط» ٤/ ١٤٥.

(٣) "هذا" ساقط من (ج) و (د).

(٤) فيجب عليه أن يقيم غيره مقامه. انظر «مناسك ملا علي القاري» ص ٤٧٥، ٤٧٦.

(٥) «المبسوط» ٤/ ١٤٥.

(٦) في (ج) و (د)، والأصل: "ثم إن بائع البدنة وجد بالفضة عيباً".

بالسلعة، ولم يجعلها بمنزلة الدراهم، إذ لو كانت بمنزلة الدراهم لا ينتقض البيع بردّها بل يرجع بغيرها، لأن الدراهم لا تتعين في المعاوضات.

أما في بيع المقايَضة إذا ردّ أحدهما بالعيب ينتقض البيع، وإذا انتقض برد الفضة يخيّر بائع البدنة، إن شاء أخذ اللحم، وإن شاء ترك، وضمنه قيمتها غير منحورة، لأن الذبح نقصان فاحش، فكان له الخيار كما في الغصب، والبيع الفاسد من الأصل.

فإن اختار ترك اللحم، وضمنه القيمة، جازت الإراقة عن المشتري لتقرر ملكه في البدنة، وإن اخذ اللحم يغرم المشتري للفقراء قيمته مذبوحا، يتصدق بها، أما في جزاء الصيد ودم الإحصار والحلق فظاهر، لأن التصدق باللحم واجب في هذه الدماء، وأما في الأضحية ودم المتعة والقران، فلأنه إن ردّ الفضة بغير قضاء فهو بيع في حق الثالث، فيجعل اعتياضا في حق الفقراء، ولو اعتاض حقيقة يجب التصدق بقيمة اللحم، كذلك هنا.

وإن كان الرد بقضاء فكذلك، لأنه وإن ردّ اللحم، عاد إليه الثمن، وبرئ عن الضمان، فصار كأنه باع اللحم بتلك الفضة، وبما كان عليه من الضمان، فيتمكّن فيه شبهة الاعتياض فيلزمه التصدق.

ثم ينظر: إن كانت قيمته منحورا أكثر من قيمة الفضة التي عادت إليه، يتصدّق بقيمته منحورا، وإن كانت قيمة الفضة أكثر من قيمتها منحورة يتصدق بقيمة الفضة، أيّهما كان أكثر يلزمه التصدق به. كما لو باع اللحم بثمن،[1] ينظر إلى الثمن وإلى قيمة اللحم، أيّهما كان أكثر يتصدق به احتياطا كذلك هنا.

ولا يقال: الاحتياط أن ينظر إلى قيمتها غير منحورة، وإلى قيمة الفضة التي ردّت عليه لا إلى قيمتها منحورة، لأن المشتري بدفع اللحم استفادَ البراءةَ عن قيمتها غير

(١) زاد في الأصل هنا "ثم ينظر".

منحورة، فكان بدل اللحم قيمتها غير منحورة.

لأنا نقول: نعم! المشتري يستفيد [البراءة][1] عن تلك القيمة، إلا أن قيمتها غير منحورة قوبلت باللحم وبما يذهب بالإراقة، وما ذهب بالإراقة أقام بها قربة، فلا يلزمه التصدّق ببدلها، وإنما يلزمه التصدّق ببدل ما لم يتقرب به، وهو اللحم، فينظر إلى قيمة اللحم، ويلزمه التصدق بما قلنا.

وأما الرابع: هو الرد بعيب في الهدي:

قال: لو أن بائع البدنة لم يجد عيبا بالفضة، لكن المشتري وجد بالبدنة عيبا بعد الذبح، فإنه يرجع بالنقصان، ولا يردّ لأن الذبح نقصان، وتعيُّب المبيع في يد المشتري يمنع الرد بالعيب، فلا يرد إلا أن يرضى البائع أن يأخذ المذبوح؛ لما عرف في الأصل.

وإن أبى البائع أن يأخذ المذبوح، ويرد النقصان، ينظر إلى العيب، إن كان عيبا لا يخرجه عما يجوز في الضحايا والهدايا، سلم له نقصان العيب، ولا يتصدق به، لأنها إن كانت تجوز مع العيب فالقربة تأدّت بما وراء العيب، ولا يتعلّق بالجزء الفائت بالعيب[2]، فلا يكون نقصان العيب بدل ما أقيم به القربة، فلا يتصدق به إلا في جزاء الصيد، فإنّ الهدي إذا لم يكن مثلا للصيد إلا بصفة السلامة عن العيب، كان عليه أن يتصدّق بما استردّ من النقصان، لأن الواجب عليه في جزاء الصيد [الواجب][3] قيمة المقتول، فيتصدّق بنقصان العيب، ليكون مؤدّيا كمال القيمة، حتى لو كان الهدي مثلا للصيد مع العيب يسلم له نقصان العيب، هذا إذا رجع بنقصان العيب.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د) "ولا يتعلق الجزء الفائت بالعيب".

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

وإن أخذ البائع الهَدي المنحور، وأعطاه الثمن، كان على المشتري أن يتصدّق بالثمن المردود، لأنه بدل الهدي المنحور، فيتصدق به إلا حصة العيب من الثمن، فإنه لا يتصدّق بذلك لما قلنا: إنّ القربة تأدّت بما وراء العيب إلا في جزاء الصيد، فإنه إذا لم يكن مثلا للصيد إلا بصفة السلامة عن العيب، يلزمه التصدق بجميع الثمن.

فإن قيل: ينبغي أن يتصدق بجميع الثمن[١] على كل حال كما لو باع المذبوح حقيقةً، يلزمه التصدق بجميع الثمن.

قلنا: إذا باع المذبوح، والثمن يقابل المذبوح، فيتصدّق بجميع الثمن[٢]، أما الثمن المردود كله ما كان بمقابلة المذبوح، بل بعضه كان بمقابلة الفائت بالعيب، فلا يلزمه التصدق بذلك القدر لما قلنا.

وأما الردّ بفساد البيع، وهو الخامس من المعترضات:

رجل اشترى شاة [أو بقرة][٣] أو بدنة شراء فاسدا، ونحَرَها عن شيء مما ذكرنا، ثم حضر البائع، فإن شاء أخذ اللحم، وضمنه نقصان الذبح، وإن شاء تركه عليه، وضمنه جميع القيمة، لأن الذبح نقصان فاحش فكان استهلاكا من وجه، فإن شاء مال[٤] إلى جانب القيام، وضمنه النقصان، وإن شاء إلى جانب الهلاك، وضمنه جميع القيمة، وترك اللحم عليه.

فإن ضمنه القيمة، وترك اللحم عليه، جاز نحره عما صنع، لأنه تقرّر عليه ملكه،

---

(١) العبارة في (ج) و (د): "ينبغي أن يلزمه التصدق بالجميع".

(٢) في (ج) و (د): "فيتصدق بجميعه".

(٣) "ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٤) "مال" ساقط من (ج) و (د).

ويتصدق باللحم فيما كان سبيله التصدّق، ويأكل إن شاء فيما كان له ان ياكل[1]، وإن أخذ البائع المذبوح، وضمنه النقصان، كانت القربة ماضية، لأنه ملكها بالشراء الفاسد، والإراقة حصلت على ملكه.

وإنما انتقض الملك بالاسترداد فيما بقي لا فيما فات بالإراقة، ويلزمه التصدق بقيمتها منحورة. أما في الدماء التي يلزمه التصدق باللحم فظاهر، وأما في غير ذلك كالأضحية وغيرها فكذلك، لأنه كان ضامنا قيمتها للبائع، وبدفعِ المذبوح استفاد البراءةَ عن تلك القيمة، فكأنه اعتاض.

وأما السادس وهو انتقاض هبة المريض:

قال: مريض وهب شاة أو بدنة، فنحرها الموهوب له عن شيء مما ذكرنا، ثم مات الواهب، ولم يدَع مالا غيرها، وعليه دين يحبط بماله، فإنه تنقض الهبة، لأن هبة المريض وصية، ولا وصية مع الدين، ويكون الخيار في ذلك للقاضي، إن شاء ضمنه قيمتها يوم القبض، وإن شاء ضمنه نقصان الذبح، ويأخذ اللحم، ويبيع؛ لأنه نصب ناظرا للمسلمين، فيفعل ما هو الأنفع، والأنظر، وأيهما فعل كانت القربة ماضية.

أما إذا ضمنه القيمة، فلأن الإراقة حصلت على ملكه، وقد استقرّ ذلك الملك، فلا يلزمه شيء آخر، وأما إذا أخذ المذبوح، وضمنه النقصان فكذلك، لأنه نحرَ ملك نفسه، لأن تصرفات المريض فيما يحتمل النقض تنفذ للحال، والهبة من قبيل ذلك، فيملكها الموهوب له، ثم ينقض ملكه بعد الموت، وما فات بالإراقة لا يحتمل النقض، فيبقى على ملكه، وهذا والبيع الفاسد سواء.

وإذا أخذ القاضي المذبوح، وضمنه النقصان، يتصدق الموهوب له بقيمته منحورا،

---

(١) في (ج) و (د): "في ما كان سبيله الأكل".

لأنه بدفع المذبوح استفاد البراءةَ عن ضمان القيمة، فيتصدق بالقيمة، بخلاف ما إذا رجع الواهب في الهبة، وهو الفصل الأول من الباب، فإن ثمّة لا يلزمه التصدق فيما لم يكن التصدق واجبا بلحمه، لأن ثمة بردّ المذبوح لم يستفد البراءة عن ضمان واجب، فلم تتمكّن شبهة الاعتياض.

وأما السابع فصل الاستحقاق:

(رجل اشترى شاة أو بدنة، ونحر الشيء مما قلنا، ثم استحقها رجل بالبينة، كان المستحق بالخيار، إن شاء ضمنه القيمة، وإن شاء أخذ اللحم، وضمنه النقصان)، لما مر في البيع الفاسد والغصب وغيره. وفي بعض الروايات: إذا أخذ المذبوح ليس له أن يضمن النقصان، كما في فقئ عيني العبد ونحوه، والصحيح ما ذكر هنا، فإن ضمنه القيمة جازت الإراقة عن ما صنع.

وعن أبي يوسف وزفر: أنه[1] لا يجوز لهما، إن الإراقة وقعت في غير ملكه، فلا تنفذ بملك حادث، كالغاصب إذا أعتق العبد المغصوب ثم ملكه بأداء الضمان، لا ينفذ إعتاقه.

وجه ظاهر الرواية: أن المضمونات تملك عند أداء الضمان مستنداً، والمستند ثابت من وجه دون وجه، إلا أن الملك من وجه يكفي للهدايا كما يكفي للبيع، ولا يكفي لنفاذ العتق، لأن نفاذ العتق يعتمد الملك [من كل وجه][2].

ألا ترى أنّ المكاتب إذا أعتق عبدا من كسبه لا ينفذ إعتاقه، ولو أحصر، وبعث الهدي فنحر عنه، يجوز، ويحل عن إحرامه.

---

(١) "أنه" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

هذا إذا ضمنه المستحق قيمتها، فإن أخذ اللحم، وضمنه النقصان، لا تجوز الإراقة عما صنع حتى لو كان محصرا يعود حَراما إلى أن يبعث بهدي آخر، فينحر عنه، وكان عليه دم لإحلاله من الإحصار قبل ذلك، لأنه أحل قبل الذبح، فصار جانيا على إحرامه، فيلزمه الدم.

وإنما لا يجزيه الأول، لأنه ظهر أنه نحَر ملك الغير، وبضمان النقصان لا يملك ما تأدّى به القربة، لأن ما يستوفي بالإراقة لا يحتمل الملك مفردا، ولأنه فائت.

ثم ذكر في آخر الباب حكم الأضحية، قال:

رجل اشترى شاةً، فأوجبها أضحية، وجب عليه، موسرا كان أو معسرا، في قول من يوجب الأضحية، وفي قول من لا يوجب.

واختلف المشايخ في قول محمد: "فأوجبها أضحية"، قال بعضهم: أراد بذلك أن يوجبها بلسانه بعد الشراء، فيقول: "لله عليّ أن أضحي بهذه الشاة"، فيلزمه موسرا كان أو معسرا، لأنه نذَر بما لله تعالى من جنسه إيجاب، وهو دم القران، فيلزمه[1].

وقال بعضهم: أراد به أنه اشتراها بنية الأضحية، وقوله: "فأوجبها" أي بذلك الشراء، كما في قوله عليه السلام: «فيشتريه فيعتقه»[2]، أشار هنا إلى أن الشراء بنية

---

(١) يجب التضحية بالنذر على الغني والفقير بأن قال: "لله عليّ أن أضحّي شاة أو بدنة"، لأن هذه قربة لله تعالى عزّوجلّ، من جنسها إيجاب، وهو هدي المتعة والقران، كما أن هذه القربة تلزم بالنذر كسائر القرب التي لله تعالى من جنسها إيجاب من الصلاة والصوم ونحوهما، والوجوب بسبب النذر يستوي فيه الغني والفقير. انظر «بدائع الصنائع» ٥/ ٦١ - ٦٣. «المبسوط» ١٢/ ٨، «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٩١.

(٢) إشارة إلى ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

الأضحية يوجب التضحية [بها][1]، موسرا كان المشتري أو معسرا.

وروى الزعفراني[2] رحمه الله عن أصحابنا[3]: أن الشراء بنية الأضحية لا يوجب التضحية بها وإن كان فقيرا.

وهكذا ذكر محمد[4] رحمه الله في «الأصل»، وهو ظاهر المذهب عندنا[5]، وعند

«لايَجزي ولدٌ والدا إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه» أخرجه مسلم في العتق، باب فضل عتق الوالد، الحديث ٣٧٧٨. وأخرجه الترمذي في كتاب البر والصلة، باب ما جاء في حق الوالدين، الحديث ١٩٠٦. وأخرجه ابن ماجه في كتاب الأدب، باب برّ الوالدين، الحديث ٣٦٥٧.

(١) سقط من الأصل ومن (ج) و (د)، وزيد من (ا) و (ب).

(٢) هو محمد بن أحمد بن محمد، أبو الحسن الدلال، المعروف بالزعفراني، المتوفي ٣٩٣هـ. تقدم ترجمته في ص .

(٣) كذا ثبت في الأصل و (ا)، وقوله: "عن أصحابنا" سقط في (ا) و (ب)، وسقوطه أولى، والصواب: "من أصحابنا"، كما ذكر الكاساني: "وهو قول الزعفراني من أصحابنا". «بدائع الصنائع» ٤/ ١٩٢.

(٤) كذا ورد في جميع النسخ، لكن سياق العبارة هذه لايخلوا من نظر، فإن قوله: "هكذا ذكر محمد" يوهم أن محمدا ذكر في الأصل مثل قول الزعفراني، وكذلك قوله: "وهو ظاهر المذهب" يوهم أن ظاهر المذهب هو ما قاله الزعفراني، والصحيح هو العكس، ولايقصده الشارح أيضا، كما يدل عليه بما وجّهه لظاهر الرواية بعد فقرات، فالموقع المناسب لهذا الكلام هو قبل الفقرة السابقة، أي بعد قوله: "موسرا كان أو معسرا". وهو ما ثبت في (ا) إلا أنه صحّح في الهامش مثل ما ثبت في النسخ الأخرى، فليتنبه.

(٥) انظر: «بدائع الصنائع» ٥/ ٦١، «المبسوط» ١٢/ ٨، «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٩١، «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٣٤٧.

الشافعي ما لم يوجبها بلسانه[1].

وجه رواية الزعفراني: أنّ مجرد النية لا يوجب شيئا[2]، كما لو نوَى أن يصوم أو يعتق، والشراء ليس بسبب للوجوب، فلا يلزمه التضحية، كما لو وهب له، أو تصدق به عليه، فنَوى بقلبه التضحية[3]، لا يصير أضحية بالإجماع، وكذا لو نوى التضحية بشاة كانت له، لا يجب عليه بالإجماع.

وجه ظاهر الرواية: أن شراء الفقير بنية التضحية بمنزلة النذر من حيث العرف، فإنا لا نجد في العرف فقيرا يشتري الأضحية إلا وأن يضحي بها، فكأنه نذر بالتضحية بعد

---

(١) ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه إذا نوى الشراء للأضحية ولم يتلفّظ بذلك، لا تجب به أضحية، لأن إزالة الملك على سبيل القربة لا تحصل بذلك، وإنما تجب الأضحية إما بالنذر أو بالتعيين صراحة بأن يقول: هذه أضحية أو: جعلتها أضحية، لزوال ملكه عنها بذلك، والجعل بمعنى النذر حينئذ، فتصير واجبة. انظر «مختصر المزني» ص ٢٨٤، «المهذب» للشيرازي ١/ ٢٤٠، «مغني المحتاج» ٤/ ٢٨٣، ٢٨٨، «المغني» لابن قدامة ٨/ ٦٢٧ وما بعدها، «كشاف القناع» للبهوتي ٣/ ٨.

والمعتمد في المذهب المالكي أن الأضحية لا تجب إلا بالذبح فقط، فلا تجب بالنذر ولا بالنية والتعيين، والأضحية لا تتعين عندهم إلا بالذبح، قاله الدردير والدسوقي، انظر «الشرح الكبير» للدردير، وحاشيته للدسوقي ٢/ ١٢٢، ١٢٥. وخالفهم ابن الجزي المالكي فيرى وجوب الأضحية بالنذر و بالنية قبل الذبح. «القوانين الفقهية» لابن جزي، ص١٨٩.

(٢) لا خلاف بين الفقهاء أن الأضحية لا تجب بمجرّد نية الشراء، يقول قاضي خان في فتاواه: الفقير إذا نوى أن يشتري شاة للأضحية، لا يلزمه بهذا النية شيء. «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٣٤٧.

(٣) "التضحية" ساقط من (ج) و (د).

الشراء، ولا عرف في الغني، فلا يثبت الإيجاب في حقه[1].

ثم إذا وجب عليه التضحية بالشراء على نية التضحية، أو بالإيجاب صريحا بعد الشراء، فإن تصدّق بعينها قبل الذبح في أيام النحر، كان عليه مثلها، لأن الواجب عليه الإراقة، وإنما تحلّ الصدقة عند فوات الإراقة ما لم يمض[2] أيام النحر، فإذا تصدّق بعينها في أيام النحر، فقد فوّت الإراقة على نفسه، وتصدّق قبل وجوب الصدقة، وقبل سببها، فصار كأنه استهلكها، فيلزمه أن يقيم مقامها أخرى.

فإن لم يشتر أخرى حتى مضت أيام النحر، كان عليه أن يتصدّق بقيمتها[3]، لأن الإراقة لم تعرف قربة إلا [في مكان مخصوص][4][5] أو في زمان مخصوص[6]، فإذا فات الزمان ينتقل إلى الصدقة، ولا تجزئ عنه الصدقة الأولى؛ لأنها كانت قبل الوجوب، وقبل وجود السبب فلا تجوز، كما لو فاته رمي الجمار في أيامه، يلزمه دم[7] يتصدّق

---

(١) «بدائع الصنائع» ٥/ ٦١.

(٢) في (ج) و (د): «بمضيّ أيام النحر».

(٣) «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٩٤.

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٥) وهو الحرم للهدي فلا يجوز ذبحه في غيره أصلا، سواء كان دم شكر أو جناية، فإن الهدي: «اسم لما يهدى من النعم إلى الحرم»، ويدخل فيه الهدي المنذور. انظر «ردّ المحتار» ٢/ ٦١٦، «المبسوط» ٤/ ١٣٦، و«مناسك ملا علي القاري» ص ٢٦٣، غنية الناسك ص ٢٠٧.

(٦) وهو أيام النحر للهدي والأضاحي، أما دماء الكفارات فلا يختص بيوم النحر. انظر «ردّ المحتار» ٢/ ٦١٦، «مناسك ملا علي القاري» ص ٢٦٣، و«المبسوط» ٤/ ٧٥.

(٧) انظر «مناسك ملا علي القاري» ص ٣٥٨.

بلحمه على الفقراء.

ولو ذبح هديا قبل أيام الرمي، وتصدّق بها، ثم مضت أيام النحر، كان عليه دم آخر، ولا يجزيه ما سبق، كذلك هنا.

ولو لم يتصدق بتلك الشاة التي أوجبها، ولم يذبحها حتى مضت أيام النحر، كان عليه أن يتصدق بها حيّة[1]، لأنه إذا فاتت القربة بإراقة الدم بقيت مستحقة الصرف، فتحوّلت القربة إلى الصدقة بعينها.

فإن تصدّق بقيمتها جاز أيضا، لأن التصدّق بقيمتها كالتصدق بعينها في ذكر[2] المقصود.

فإن ذبحها، وتصدّق بلحمها كان عليه أن يتصدّق بنقصان [الذبح][3]، لأن الحق تحوّل إلى الصدقة بكلّها.

فإن لم يذبحها، ولم يتصدّق بقيمتها حتى جاء أيام النحر من القابل، فذبحها لم يجز الذبح عن ما لزمه بالسبب الأول، وكان عليه أن يتصدّق بعينها أو بقيمتها، لأن الإراقة عرفت قربة في أيام النحر أداءً لا قضاءً.

---

(١) جاء في «الفتاوى الهندية»: إن الأضحية تقضى إذا فاتت عن وقتها، ثم قضاؤها قد يكون بالتصدق بعين الشاة حية، وقديكون بالتصدق بقيمة الشاة. ٥/ ٢٩٤، «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٣٥٥.

(٢) "ذكر" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

كالرمي إذا فات عن وقته، وتحول إلى الهدي[1]، لا يجوز[2] الرمي بعد ذلك في العام القابل.

وكذا الجمعة إذا فاتت وتحولت إلى الظهر، لا يجوز لا يجرنه قضاءها جمعة في وقت آخر[3]، لأن الإراقة لما فاتت في السنة الأولى، [وتحوّلت][4] إلى الصدقة صار كأنه قال: "لله عليّ أن أتصدّق بهذه الشاة"، ولو صرّح بذلك يلزمه أن يتصدّق بها حيّة أو بقيمتها، كذلك هنا.

ـ والله أعلم.

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ١/ ٢٤٧، و«مناسك ملا علي قاري» ص ٣٥٨.

(٢) في الأصل: "لايجزيه".

(٣) قال قاضي خان في فتاواه: قضاء الجمعة لا يجوز، «فتاوى قاضي خان» ١/ ١٧٧، وانظر «الفتاوى الهندية» ١/ ١٤٥.

(٤) "ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

كتاب الوكالة

باب الوكالة التي تبطل في الواحد وتجوز في الجماعة والبضاعة والنفقة

بنى الباب على أنّ الوكالة تحتمل الجهالة اليسيرة، ولا تحتمل الفاحشة[1]؛ لأن التوكيل استعانة على ما وكّل به، وتحصيل المجهول لا يمكن، فكل جهالة تمنع الامتثال تمنع الصحة[2]، وما لا فلا.

والجهالة أنواع ثلاثة[3]:

جهالة فاحشة: وهي جهالة الجنس[4]، وإنما تمنع الصحة، حتى لو وكله بشراء دابة

---

(١) الأصل فيه أنه الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحساناً، لأن مبني التوكيل على التوسعة لأنه استعانة، وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع. كذا حقّقه المرغيناني، انظر «الهداية» مع «فتح القدير»: ٨/ ٣٢.

(٢) بيّنه الإمام السرخسي بأسلوب آخر يوضّح المزيد في الموضوع فقال: الأصل في هذا الباب أن الوكيل متى قدر على تحصيل مقصود المؤكل بما سمّى له جاز التوكيل، وإلا فلا، لأن الوكالة غير مقصودة لعينها، بل المقصود شيء آخر يحصل للمؤكل، فإذا قدر على تحصيل مقصوده بما سمى له كان هذا عقدا مفيدا للمقصود فصحّ، وإلا فلا. «المبسوط»: ١٩/ ٣٨.

(٣) ذكر الإمامُ العتّابي هذه الأنواعَ الثلاثة في «شرح الزيادات» للعتابي. مخطوط، ورق ٩٣. والشيخ شمس الدين قودر في تكملة «شرح فتح القدير»: ٨/ ٣٢.

(٤) انظر «المبسوط»: ١٩/ ٣٨.

أو ثوب أو حيوان لا يصح، وإن سمّى الثمن، لأن المقصود من الشراء التوسّل إلى العين لمنافع تعلّقت بالعين، واسمّ الثوب يتناول أجناسا مختلفة الصور والمنافع[1]، وكذلك الحيوان.

وبإعلام الثمن لا تزول هذه الجهالة[2]، لأن بما سمّى من الثمن يستفاد من كل جنس، فلا ترتفع الجهالة، فلا تصح الوكالة إلا إذا فوّض إليه على وجه التعميم[3]، فيقول: أيّ ثوب شئت، وما يقوم مقامه من ذكر الجمع وغيره[4].

وجهالة يسيرة: وهي جهالة النوع والصفة[5]، وإنها لا تمنع التوكيل سمّى الثمن أو لم يسمّ،[6] حتى لو وكله بشراء حمار أو بغل أو ثوب هروي يصح.

---

(١) «المبسوط»: ١٩/ ٤٠.

(٢) انظر «المبسوط»: ١٩/ ٣٨.

(٣) في (ج) و (د): "العموم".

(٤) في (ج) و (د): "أو غيره"، وما ثبت أصح.

(٥) كالحمار والبغل والثوب الهروي والمروي، لايمنع صحة الكالة وإن لم يبين الثمن، لأنه لايعجزه عن الامتثال. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٩٣.

(٦) يرى الإمام السرخسي أن هذا استحسان، و القياس أن لا يجوز ما لم يبين الصفة، وجه القياس أن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يجوز إلا ببيان وصفة المعقود عليه، ووجه الاستحسان ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه دفع دينارا إلى حكيم بن حزام رضي الله عنه، وأمره أن يشتري له شاة للأضحية، (سنن أبي داود الحديث ٣٣٨٦، والترمذي الحديث ١٢٥٧) ولم يبين صفتها. انظر «المبسوط»: ١٩/ ٣٨، تكملة «فتح القدير» ٨/ ٣٢.

وقال بشر بن غياث[1] المَريسي[2]: لا تصح الوكالة، هو يَعتبر الوكالة بالبيع، حتى لو أسلم في ثوب هروي، ولم يذكر الصفة، لا يصح، فكذا إذا وكّل[3].

وإنا نقول: بأن مبنى الوكالة على التوسعة[4]، والتفاوت في النوع الواحد يسيرٌ لا يخلّ بالمقصود، وعسى يمكن رفعها بالرجوع إلى حال الموكل وغيره، فيتحمل ذلك في

(١) في (ج) و (د): "بشر بن عتاب"، والصواب ما أثبت.

(٢) هو بِشر بن غياث بن عبد الرحمن المرِيسى، المتكلم، مَولى زيد بن الخطاب، أدرك مجلس أبى حنيفة، ثم لازم أبا يوسف، وأخذ الفقه عنه، وبرع فيه، وكان ذا ورع وزهد غير أنه رغب عنه الناس لاشتهاره بعلم الكلام والفلسفة، وكان أبويوسف يذمّه ويعرض عنه، مات سنة ثمان وعشرين ومائتين، وله تصانيف، وروايات كثيرة عن أبى يوسف، وفى المذهب أقوال غريبة، وقال اللكنوي: المريسى بفتح الميم وكسر الراء المهملة، نسبة إلى مَريس، قرية بمصر، كذا ذكر السمعانى، وقال: إليها ينسب بِشر المريسى، وأرّخ وفاته سنة ثمانية عشر.
ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ٣٧٠، «الطبقات السنية» برقم ٥٦٤، «الفوائد البهية» ص ٥٤، كتائب أعلام الأخيار برقم ١٠١، «تاريخ بغداد» ٧/ ٥٦، طبقات الفقهاء للشيرازي ١٣٨، العبر ١/ ٣٧٣، ميزان الاعتدال ١/ ٣٢٢، «الأنساب» ٥٢٣، معجم البلدان ٤/ ٥١٥.

(٣) وحكى الإمام السرخسي أن بِشر بن غياث المرِيسى رجع عن قوله، وأخذ بالاستحسان، ونقل فيه حكاية طريفة له، فانظر «المبسوط»: ١٩/ ٣٩.

(٤) يوضّحه السرخسي موجّها بأن الوكالة عقد مبني على التوسع، والجهالة في الصفة جهالة مستدركة، وذلك عفو في العقود المبنية على التوسع، وهذا لأن الوكالة لا يتعلق بها اللزوم والمقصود بها الرفق بالناس، وفي اشتراط بيان الوصف بعض الجرح فسقط اعتباره. «المبسوط»: ١٩/ ٣٩.

الوكالات تيسيرا للآمر على الوكلاء، ولا كذلك السلم؛ لأن مبناه على المماكَسَة[1] والمضايقة، فالجهالة فيه تفضي إلى المنازعة فتمنع الصحة.

وجهالة ملحقة بالجنس[2] والنوع[3]: وهي جهالة العبيد والإماء والدور، ولو وكّل إنسانا بشراء عبد أو جارية أو دار، إن سمّى الثمن يصح، وإلا فلا، لأن العبيد جنس واحد، وكذا الإماء والدور[4]، إلا أن التفاوت بين العبدين والجاريتين والدارين فاحش، فما يتنفي من التركي لا يوجد في الهندي، لكن هذه جهالة تزول ببيان الثمن، فقلنا: إذا بيّن النوع فقال: "تركيًا أو هنديًا"، أو بيّن الثمن يصح، وإلا فلا.

وعن أبي يوسف: إن كان بما سمّى من الثمن يوجد من كل نوع، لا يصح إلا ببيان الصفة.

وأصل آخر: أن تقييد المطلق كما يجوز بدلالة اللفظ، يجوز بدلالة الحال والعرف[5].

---

(١) مكَسَ في البيع: نقص الثمنَ وماكسي ومماكسة مثله، والمماكسة في البيع: انتقاص الثمن واستحطاطه والمنابزة بين المتبايعين. المصباح المنير ٢/ ٥٧٧، لسان العرب مادة: مكس.

(٢) وفي (ج) و (د): "متوسطة بين الجنس".

(٣) سمّاها العتّابي "جهالة متوسطة": وهي الجهالة بين النوع والجنس. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٩٣.

(٤) انظر «المبسوط»: ١٩/ ٣٩،

(٥) جاء في قواعد المجلة: "المطلق يجري على اطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالةً"، المادة: ٦٤، «مجلة الأحكام العدلية»، وقاعدة أخرى عند الحصيري: "مطلق اللفظ محمول على المتعارف بين الناس في مخاطباتهم". «التحرير في شرح الجامع الكبير»، مخطوط، ورق ٥/

وفي الباب فصول ثلاثة: الوكالة، والبضاعة، والمضاربة.

أما الأول: قال محمد رحمه الله: رجل أمر رجلا أن يشتري له ثوبا أو دابة[1]، وسمّى الثمن أو لم يسمّ، فالوكالة باطلة[2] حتى لو اشترى الوكيل شيئا من ذلك كان مشتريا لنفسه، لأن الدابة أجناس مختلفة[3]، [وكذا الثوب][4].

ولهذا لو اشترى ثوبا على أنه هروي، فإذا هو مروي لا ينعقد العقد. وجهالة الجنس توجب الاختلاف في المقصود، وهذه جهالة لا يمكن رفعها بتسمّية الثمن، لأن بما سمّى من الثمن يوجد من كل نوع، ولا بالرجوع إلى حال الموكل، لأن الإنسان كما يشتري الثوب لنفسه يشتري لأهله ومماليكه، فكانت الجهالة مانعة من الامتثال، فتمنع التوكيل.

فرّق بين هذا وبين ما إذا أمر ببيع عَين من أعيان ماله، فإنه يجوز، وإن لم يبين جنس

١٠٨٤.

فالمطلق وإن كان عبارة عن الإذن بشيء وإطلاقه له، فإنه لا يجري على إطلاقه حينئذ، بل يعتبر بغير مظان التهمة ومواطن الخيانة، فإذا كان بمعزل عن التهمة والخيانة يجري على إطلاقه، ولا يقيد بعد ذلك بأن يكون موافقاً للعرف والعادة عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه يقيد بأن يكون موافقاً للعرف والعادة. انظر «تأسيس النظر» للدبوسي ص ٣٤. «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١/ ٥٦، «شرح القواعد الفقهية» للشيخ أحمد الزرقاء.

(١) انظر تكملة «شرح فتح القدير»: ٨/ ٣٤.

(٢) انظر «المبسوط»: ١٩/ ٤٠.

(٣) لأن "الدابّة" اسم لما دبّ على وجه الأرض في الحقيقة، وهي أجناس مختلفة، كالخيل والبغال والحمير. «المبسوط»: ١٩/ ٤٠.

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

الثمن.

والفرق: أنّ المقصود من البيع التوسّل إلى الثمن، والثمن جنس واحد، فجهالته[1] لا توجب اختلافا في المقصود، إنما[2] المقصود من الشراء التوسل إلى العين لمنفعة تعلقت بالعين، والمنافع مختلفة اختلافا فاحشا، فكانت الجهالة مانعة من الامتثال.

ولو قال: "اشتر لي ثوبا هرويا أو مرويا"، صحت الوكالة، وإن لم يسمّ الثمن[3]، لأن بعد بيان الجنس لا يبقى[4] إلا جهالة الوصف، وإنها [جهالة][5] يسيرة لا توجب اختلافا في المقصود، ولا يشترط بيان الثمن لصحة الوكالة، لأن المعقود عليه لما صار معلوما، فبعد ذلك إن اشترى بمثل القيمة، أو بما يتغابن الناس فيه لزم الموكل، لتعذّر الاحتراز عن الغبن اليسير.

وإن اشترى بغبن فاحش يكون[6] مشتريا لنفسه[7]، لأن الوكيل بشراء شيء بغير عينه يملك الشراءَ لنفسه، فإذا كان الغبن فاحشا يحتمل أنه كان اشترى لنفسه، فإذا وجد فيه [عيبا][8] يظهر الشراء لموكله، فيكون متّهما في ذلك، فلا يقبل قوله، ولهذا قال أبو

---

(١) في (ا) و (ب): "فجهالة الثمن".

(٢) في (ا) و (ب): "أما المقصود"، وما ثبت أولى.

(٣) «المبسوط»: ١٩/ ٤٠.

(٤) وفي (ا) و (ج): "لا تبقى".

(٥) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٦) في (ج) و (د): "يصير".

(٧) لأنه تعذّر تنفيذ شرائه على الآمر. انظر «المبسوط»: ١٩/ ٤٠.

(٨) المثبت بين المعكوفتين من (أ)، وجاء في الأصل، (ج): وجد فيه الغبن". وهو خطأ.

حنيفة: إنّ الوكيل بالبيع يملك البيعَ بما عزّ وهان، لأنه لا يملك البيع من نفسه، فلا يكون متهما.

ولو قال: "اشتر لي حمارا أو بغلا"، وسمّى الثمن، أو لم يسمّ صحت الوكالة[1]، لأن بعد بيان الجنس لا تبقى إلا جهالة يسيرة.

ولو قال: "اشتر لي عبدا"، ولم يسمّ الثمن، لا تصح الوكالة[2]؛ لما قلنا في أصل الباب.

فإن قيل: العبد عند السكوت عن الثمن، ينبغي أن يكون بمنزلة الثوب الهروي، لا بمنزلة الثوب المطلق، لأن الثوب أجناس مختلفة، أما العبد جنس واحد. ألا ترى أنه لو تزوج امرأة على ثوب، لا تصح التسمية[3]، وكان لها مهر المثل، ولو تزوج امرأة على عبد تصح التسميّة، ويكون لها الوسط، كما لو تزوج امرأة على ثوب هروي.

قلنا: العبد جنس واحد بحكم اتحاد أصل المنفعة، ولكثرة التفاوت بينهم في المنفعة أجناس مختلفة، فجعل جنسا واحدا عند المقابلة بما ليس بمال، ولهذا يجب دَينا في الذمة

---

(١) لأن الجنس صار معلوما بالتسمية، وإن بقيت الجهالة في الوصف فصحّت الوكالة بدون تسمية الثمن، فإن قيل: الحمير أنواع، منها ما يصلح لركوب العظماء، ومنها مالايصلح إلا للحمل عليها؟ أجاب عنه السرخسي بأن هذا اختلاف الوصف، مع أن ذلك يصير معلوما بمعرفة حال المؤكل، فإذا كان القاضي أمر إنسانا بإن يشتري له حمارا فإنه ينصرف إلى ما يركبه مثله، حتى لو اشتراه مقطوع الذنب فإنه لايجوز عليه. «المبسوط» ١٩/ ٤٠.

(٢) انظر «المبسوط»: ١٩/ ٤٠.

(٣) انظر «فتح القدير»: ٨/ ٣٤.

بدلا عما [هو][1] ليس بمال [كما][2] في الدية والغرة ونحوهما، وجعل ملحقا بالأجناس المختلفة في مبادلة المال بالمال، حتى لا يجب دينا في الذمة بدلا عمّا هو مال.

وفي التوكيل بشراء العبد يقابل بالمال، وهو الثمن، فكان ملحقا بالأجناس المختلفة، فشرطنا تسمية الثمن لصحة الوكالة حتى تقل الجهالة، وتكون تسمية الثمن بمنزلة بيان النوع والصفة.

ولو قال: "اشتر لي الثياب أو الدواب"[3]، يصح[4] وإن لم يبيّن الثمن، لأنه للجنس والتعميم، فإن "الثياب" و"الدواب" جَمْع الجمع[5]، فكان للجنس، والكل ليس

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (أ).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (أ).

(٣) كانت العبارة في الأصل وفي (ج) و (د): "ولو قال اشتر لي الثياب أو ثيابا أو الدواب يصح"، وزاد عليه في (ا) و (ب): "أو الدواب أو دوابا"، والظاهر أنه خطأ من النساخ، والصواب ما أثبتناه، كما يتضح من خلال كلام الشارح وتوجيهه، وما نقله السرخسي في أصوله محيلا إلى الزيادات، وما يأتي في الفقرة التالية، فليتأمل.

(٤) لقد أشار إليه الإمام السرخسي في بحث ألفاظ العموم والنكرة من أصوله محيلا إلى «الزيادات» فقال: وعلى هذا قال في «الزيادات»: لو وكّل وكيلا بشراء الثياب، يصح التوكيل بدون بيان الجنس، لأن عند ذكر الألف واللام يصير هذا بمعنى الجنس، فيتناول الأدنى، بخلاف ما لو قال: ثيابا أو أثوابا فإن التوكيل لايصح. «أصول السرخسي» ١/ ١٦١.

(٥) قوله: "إن "الثياب" و"الدواب" جَمْع الجمع"، لايخلوا من نظر، فأما الدوابّ فهو صحيح، لأنه على صيغة جمع الجمع، وهو «فواعل»، أما «الثياب» فلم أقف على مرجع أثبت كونه جمعَ الجمع، لأن جمع الجمع يأتي إما على وزن مفاعل، أو مفاعيل، أو فواعل، أو فواعيل، وليس الثياب على واحد من هذه الصيغ، بل هو جمع كثرة، كما صرّح به الشارح نفسه فيما يأتي قريبا.

بمراد؛ لأن الواحد لا يتهيأ له شراء الكل، ولا يجد ثمنهم، فكان المراد هو التعميم كما في قوله[1]: "والله لا أتزوج النساء"، وما أشبه ذلك، فصار كأنه قال: "اشتر لي أيّ ثوب شئت"، أو "اشتر لي ما بدا لك من الثياب"، ولو صرح بذلك كان جائزا.

ولو قال: "اشتر لي أثوابا" لم يصح[2]، وكذا إذا بيّن الثمن، لأنه اسم الجمع، والعدد المحصور دون الجنس، لأن ما يكون على وزن "فَعْلٌ" وثانيه واو، فله جمعان: الجمع القليل يكون على "أفعال"، والكثير يكون على وزن "فِعَال"[3]، يقال: ثوب وأثواب وثِياب، وسَوط وأسواط وسِياط، وحوض وأحواض وحِياض.

وكل اسم على وزن "فعْل" وثانيه ياء، فله جمعان: الجمع القليل يكون على وزن "أفعال"، والجمع الكثير يكون على وزن "فُعُول"[4]، يقال: شيخ وأشياخ وشُيوخ، وقيد وأقياد وقيود، وبيت وأبيات وبيوت.

فالأثواب أقلّ الجمع، وهو عدد محصور، ولهذا يصح قِران العدد به، يقال[5]: "ثلاثة أثواب" و"أربعة أثواب"، ولا يصح قِران العدد بالثياب، لا يقال: "ثلاثة ثياب"،

وانظر «كشف الأسرار» للبخاري، شرح أصول البزدوي، ٢/ ٢.

(١) في (ا) و (ب): "كما لو قال".

(٢) وكذا إذا قال: "اشتر لي ثيابا" فإن التوكيل لايكون صحيحا لجهالة الجنس فيما يتناوله التوكيل. انظر «أصول السرخسي» ١/ ١٦١.

(٣) ينظر: «كشف الأسرار» ٢/ ١، و«شرح ابن عقيل» لألفية ابن مالك (وعليه أضواء على الشرح من مجموعة الأساتذة) ٢/ ٣٦٩ وما بعدها. طبعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

(٤) المرجع السابق.

(٥) في (ج) و (د): "نقول" وما ثبت من الأصل، و(ا) و (ب).

ويقال: "هذه الأثواب من ثياب فلان". إذا ثبت أن الأثواب لا يتناول الجنس كان مجهولا.

ولو أمره بشراء ثوب واحد، وبيّن الثمن لا يصح، فإذا أمره بما زاد على الواحد دون الجنس، والجهالة به أكثر كان أولى.

ولو قال: "اشتر لي الدواب" صح، لأن منكره لما كان للجنس فمعرفته أولى[1].

ولو قال: "اشتر لي الأثواب"، لم يذكر في الكتاب، واختلفوا [فيه][2]، قال بعضهم: يصح، وهو الصحيح، لأن اللام إذا دخل على المفرد يجعله للجنس[3]، فما ظنك في الجمع.

ولو قال: "اشتر لي أيّ ثوب شئت" يصح، لأن "أيّا" إذا أضيف إلى النكرة[4] يراد بها[5] التعميم[6]، وكذا لو قال: "اشتر لي أيّ الثياب شئت"، أو "أيّ دابة شئت"، أو

(١) هذه الفقرة كلها سقطت من (ج) و (د)، وثبتت في الأصل و (ا).

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٣) راجع ما نقلناه من «أصول السرخسي» ١/ ١٦١، وينظر «كشف الأسرار» ٢/ ١٣، و«رصف المباني في شرح حروف المعاني» للإمام أحمد بن عبد النور المالقي، تحقيق الدكتور أحمد الخرّاط، ص ١٦٤. و«الجنى الداني في حروف المعاني» تأليف: حسن بن قاسم المرادي المتوفي ٧٤٩هـ تحقيق: طه محسن، ص ٢١٧، طبعة جامعة بغداد.

(٤) في (ج) و (د): "الكثرة"، وهو تصحيف.

(٥) "بها" ساقط من (ج) و (د).

(٦) كذا فصّله السرخسي في أصوله، واستشهد له، وفرّع عليه، راجع «أصول السرخسي» ١/ ١٦١- ١٦٢.

"أيّ ثلاثة أثواب شئت"، لأنه للتعميم.

وأما فصل البضاعة:

رجل دفع إلى غيره ألف درهم، وقال: خذها بضاعة، واشتر لي بها ثوبا، أو قال: أثوابا، أو قال: ثلاثة أثواب، أو قال: شيئا، كان جائزا، لأن البضاعة تدل على التعميم، فإنها مأخوذة من البضع، وهو القطع، كأنه قال: قطعت رأيي عن التصرف في هذا المال، وفوّضت [الأمر][1] إليك إلا أنه لا يملك الشراءَ بغبن فاحش، لأنه لا يريد ذلك عرفا.

ولو ذكر مكان البضاعة مضاربة، وهو الفصل الثالث، فكذلك؛ لأن مبنى المضاربة على التعميم[2]، ولهذا لو اختلف رب المال مع المضارب، فقال رب المال: دفعت إليك مضاربة في كذا، وقال المضارب: ما سمّيت لي تجارة، كان القول قول المضارب[3]،

وذكر ذلك ابن الشجري في أيّ الاستفهامية إذا أضيفت للنكرة، وساق أمثلة لذلك ثم قال: "وإذا أضيفت [يعني أيا] إلى النكرة فإنها تكون سؤالا عن الصفة وتكون بعدد النكرة كلها. . . وأما في النكرة فإنها سؤال عن الكل، لأن التنكير يقتضي العموم". «أمالي ابن الشجري» لهبة الله بن عليّ بن محمد بن حمزة الحسني، ٤٥٠هـ - ٥٤٢ هـ تحقيق الدكتور محمود محمد الطناجي ٣/ ٤٠، مكتبة الخانجي القاهرة، الطبعة الأولى.

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٢) انظر «القول الحسن في جواب القول لمن» ص: ١٨٣.

(٣) ذكره مؤلف «القول الحسن» نقلاً عن مختصر المحيط فقال: اختلفا في العموم فقال رب المال دفعت لك مضاربة في الطعام خاصة، وقال العامل: ما سميت لي تجارة بعينها فإن كان قبل التصرف لا يكون للمضارب التصرف في العموم، وإن اختلفا بعد التصرف فالقول للعامل استحسانا، ولرب المال قياسا وهو قول زفر والحسن. . .». «القول الحسن» ص ١٨٢.

فكانت المضاربة بمنزلة البضاعة، وإنما[1] يفترقان من وجهين:

أحدهما: أنّ في البضاعة لا يستحق المأمور على الآمر شيئا، وفي المضاربة يستحق أجر المثل، لأن المضارب لا يعمل مجّانا، بل يبتغي المال بعمله، فإذا لم ينل المال عند فساد المضاربة بأن كان رأس المال ثوبا، أو [كان][2] رأس المال دراهم، ولم يبين حصته من الربح، فقال: هذه الألف مضاربة[3]، فباع، واشترى، كان له أجر المثل.

أما المستبضع لا يبتغي بعمله مالاً لنفسه، فلا يستحق شيئا على الآمر، وهو نظير ما لو قال لغيره: ملّكتك هذه العين، ولم يسمّ ثمنا، كانت هبة، ولو قال: بعتك هذه العين، ولم يسمّ ثمنا كان بيعا فاسدا، إذا قبضه يكون مضمونا عليه بالقيمة.

والثاني: أن المضارب يملك بيع ما اشترى، والمستبضع لا يملك؛ لأن المضاربة وضعت للاسترباح، وذلك لا يحصل إلا بالبيع والشراء، أما البضاعة قد تكون للتجارة، وقد تكون للانتفاع بالعين؛ فلا يملك البيع إلا بالتنصيص، حتى لو قال: "خذ هذه الألف، أو هذه الدراهم بضاعة، فاشتر لي بها وبع لعلّ الله يرزقني من ذلك رزقا"، كان له أن يشتري بها، ويبيع لمكان التنصيص.

ولو دفع إليه ألف درهم، ولم يسمّ بضاعة ولا مضاربة، لكن قال: "خذ هذه الألف، فاشتر لي بها الأشياء"، جاز[4]؛ لأن "الأشياء" جمع معرّف، وهو أعم[5] من

---

(١) في (ا) و(ب): "إلا إنما".

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و(ج).

(٣) العبارة في (ا) و(ب): "فقال: خذ هذه الألف مضاربة فأخذها فباع".

(٤) انظر «الفتاوى الهندية»: ٤/ ١٨٦.

(٥) في (ج) و(د): "وهم أعم".

الدواب والثياب.

ولو قال: خذ هذه الألف، واشتر لي بها شيئا، لا يجوز؛ لأنه ليس في لفظه ما يدل على التعميم فكان مجهولا.

وكذا لو لم يدفع إليه مالا، ولكن[1] قال: اشتر لي بألف درهم شيئا، لا يصح التوكيل، ولو قال: اشتر لي الأشياء بألف درهم، جاز؛ لأنه استقرض منه ألفا، وأمره بالشراء بها، فصار كما لو دفع إليه ألفا ثم أمره بالشراء بها.

ولو قال: "اجعل لي من مالك بضاعة ألف درهم، فاشتر لي بها ثوبا"، جاز[2] لما ذكرنا أنّ لفظة "البضاعة" تدل على التعميم، فيصير مستقرضا منه ألفا، و[3]يصير البائع من المأمور قابضا للآمر أولا بحكم القرض، ثم يصير قابضا لنفسه.

ولو قال لغيره: خذ هذه الألف بضاعةً، كان أمرا بالشراء بها ما شاء، ولو قال: خذ هذا الثوب بضاعة، جاز، ويكون أمرا بالبيع، لأن الأمر بالتصرف في المدفوع ينصرف إلى المعتاد، والمعتاد من التصرف في الدراهم الشراء بها، والمعتاد في الأعيان البيع، فينصرف البيع المطلق[4] إلى ذلك.

رجل قال لغيره: إني أريد الخروج إلى الرَّي؛ لأشتري بها الرقيق والطيالسة، فقال السامع: خذ هذه الألف بضاعة لي، أو قال: اجعل لي من مالك بضاعة لي ألف درهم، كان جائزا، وينصرف إلى المذكور، فيصير مأذونا في شراء الرقيق والطيالسة، لأنه بنى

(١) "لكن": ساقط من (ا) و (ب).

(٢) انظر «المبسوط»: ١٠/ ٤٦. ، و«بدائع الصنائع»: ٦/ ٢٣.

(٣) في (ا): "ثم يصير البائع".

(٤) في (ا) و (ج): "فينصرف المطلق".

كلامه على ما تقدم، فيتقيّد به.

ولو قال: إني أريد الخروج إلى الرَّي، فقال له السامع: إني أريد أن أبعث معك إلى فلان ألف درهم، فخذ هذه الألف بضاعة، كان رسولا، لأن قوله: "فخذ هذه الألف بضاعة"، بناء كلامه[1] على ما تقدم، وهو قوله: [إني أريد][2] أن أبعث معك إلى فلان ألف درهم، فيتقيد به، ولو قال له ابتداء: خذ هذه الألف بضاعة إلى فلان، كان رسولا[3]، فكذلك [هنا][4].

ولو لم يكن بينهما كلام، فقال: خذ هذه الألف بضاعة، كان مأذونا في التصرف بها إذ ليس في كلامه ما يدل على كونه رسولا.

وكذا لو قال لغيره: إني أريد أن أشتري الطيالسة، [فقال: خذ هذه الألف][5] بضاعة، يتقيد بالطيالسة، ويحمل كلامه على ما تقدم.

ولو قال من غير سابقة: "خذ هذه الألف بضاعة"، كان مفوّضا إلى رأيه، لأن البضاعة تقتضي التعميم، ولم يوجد ما يقتضي التقييد[6]، بيَّن بهذه المسائل أنَّ المطلق يتقيد[7] بالدليل[8].

---

(١) "كلامه": ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ج).

(٣) انظر «بدائع الصنائع»: ٦/ ٢٣.

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ج).

(٥) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٦) كذا في (ج) و (د)، وجاء في الأصل و(ا): "ما يوجد التقييد".

(٧) في (ا): "مقيد".

ولو قال: خذ هذه الألف بضاعة في حوائجي، كان باطلا؛ لأنه خصّ البضاعةَ بما يحتاج إليه، وإنها مجهولة، فصار كأنه قال: خذ هذه الألف فيما أشاء أو أريد.

ولو قال: خذ هذ الألف بضاعة في الثياب، أو قال: في الرقيق، فاشترى المستبضع ذلك بجميع المال، وحمله إلى الآمر بمال نفسه من مصر إلى مصر، كان متطوعا لا يرجع بذلك على الآمر[1]، لأن صاحب المال سلّطه على التصرف في هذا المال خاصّة، فإذا حمل من مال نفسه لو رجع بذلك[2]، كان ذلك استدانة عليه من غير أمره.

فرّق بين هذا وبين الوكيل بالشراء، إذا اشترى في المصر ما له حمل ومؤنة بمال نفسه إلى منزل الآمر، فإنه لا يكون متطوعا استحسانا.

والفرق من وجهين: أحدهما: أنّ ذلك متعارف فكان مأذونا فيه دلالة، والثاني: أنّ الكراء في المصر يقل، ومن مصر إلى مصر يكثر، فيلحقه بذلك كثير ضرر، وهو نظير ما لو اشترى حطبا خارج المصر لم يكن عليه أن يحمله إلى منزل المشتري، ولو اشترى في المصر كان عليه أن يحمله إلى منزل المشتري استحسانا.

ولو أن المستبضع اشترى ببعض المال ما أمره به[3]، وحمله ببقية المال إلى الآمر جاز، وكذا لو اشترى ببعض المال ما أخر به وأنفق[4] الباقي عليهم جاز، لأنه ليس فيه استدانة على رب المال.

(٨) انظر «بدائع الصنائع»: ٦/ ٢٥.

(١) انظر: «بدائع الصنائع»: ٦/ ٢٥.

(٢) "عليه" ساقط من الأصل، ومن (ج) و (د).

(٣) "به": ساقط من (ج) و (د).

(٤) كذا في الأصل وجاء في (ا) و (ج): "ببعض المال الرقيق، وأنفق".

ولا يقال بأن البضاعة تقيّدت بالرقيق، فينبغي أن لا يملك شراء الطعام والكسوة لهم واستئجار الدواب لحملهم، لأنا نقول: هذا من ضرورات ذلك، ومما لا بدّ منه، فكان مأذونا فيه عرفا.

ولو اشترى المستبضع ببعض المال ما أمره، واستبقى البعض لأجل النفقة والحمل، فمات صاحب المال قبل أن ينفق، ثم أنفق أو اكترى، إن علم بموته كان ضامنا لذلك؛ لأنه انعزل بالموت، وإن لم يعلم بموته القياس أن يضمن[1]، لأنه عزل حكمي فلا يفتقر إلى العلم.

وفي الاستحسان: لا يضمن، لأنه لو صار ضامنا يصير مغرورا.

ولو أن المستبضع لم يشتر بالمال شيئا فمات رب المال، ثم اشترى به ما أمره، كان ضامنا للمال، علم بالموت أو لم يعلم.

في القياس سوّى بين هذا وبين ما تقدم، وجعله ضامنا في المسألتين. وفي الاستحـ ـان فرق، ولم يجعله ضامنا ثمة، وجعله ضامنا هنا.

والفرق أن فيما تقدم لو صار ضامنا لما أنفق يهلك عليه ماله بغير عوض، أما هنا يصير ضامنا بعوض، وهو المشتري، فلا يلحقه كثير ضرر.

ولو كان مكان البضاعة مضاربة، فإن لم يشتر بالمال شيئا حتى مات رب المال تبطل المضاربة، حتى لو اشترى بالمال شيئا كان ضامنا، علم بموت رب المال أو لم يعلم؛ لما قلنا في البضاعة.

ولو اشترى ببعض المال رقيقا قبل موته، وأنفق الباقي عليهم أو في كرائهم بعد الموت، لا يضمن، علم بالموت أو لم يعلم.

---

(١) في (ج) و (د): "القياس أن لا يضمن" وهو خطأ.

فرّق بين هذا وبين البضاعة، والفرق أن العزل بالموت لا يكون فوق العزل قصدا، ولو أنّ رب المال نهاه عن الإنفاق بعد ما اشترى ببعض المال، لا يصح نهيه في المضاربة، فلا يعمل موته.

وفي البضاعة لو كتب إليه، ونهاه عن الإنفاق يصح نهيه، فيعمل موته، والمعنى فيه أن للمضارب حق أن يبيع ليربح، وذاك لا يحصل إلا بالإنفاق، فلا يعمل نهيه صيانةً لحقه، ولا حق للمستبضع.

ولو علم بموت صاحبها، أو بلغه النهي عن الإنفاق، وخاف الهلاك على الرقيق، فرفع الأمر إلى القاضي، وقصّ عليه القصة، فالقاضي يسأله البينة لاحتمال أنه كان غاصبا، ويريد أن يأمره القاضي بالبيع ليخرج عن الضمان، فالقاضي[1] يسأله البينة دفعا للتزوير والاحتيال فإن أقام البينة، ورأى القاضي أن يأمره بالنفقة ليرجع، فعَل.

وكذا لو رأى المصلحة في البيع، لأن القاضي نصب ناظرا للمسلمين، فيفعل ما كان أنظر، كما في الآبق، واللقطة، والوديعة، فإن لم يقم البينة على ذلك لا يأمره بشيء لما قلنا.

وإن رأى القاضي أن يكتب أن فلانا أخبرني بكذا، وإني أمرته بالبيع أو النفقة ليرجع، إن كان صادقا، ويشهد على ذلك جاز؛ لأنه قيّد الأمر بكونه صادقا، فتبطل التهمة، وإن لم يكن هناك حاكم ينفق عليهم؛ لأنه مأمور بالحفظ، وفي الوقف على أمر الحاكم يضيع.

ولو دفع ألفا إلى رجل، وقال: "اشتر لي بها وبع"، أو قال: "اشتر بها وبع"، ولم

(١) قوله: "فالقاضي" ساقط من (ج) و (د).

يقل: لي، كان توكيلا جائزا[1]، وله أن يشتري ما بدا له، ويبيع، لأنه فوّض الأمر إليه على وجه التعميم، كأنه قال: "اشتر ما بدا لك".

وفي الوكالة لا فرق بين أن يضيف الفعلَ إلى نفسه، فيقول: "اشتر لي"، وبين أن يضيف إلى مال نفسه، فيقول: "اشتر جارية بهذا المال"، أو يقول: "اشتر جارية بألف من مالي"، وتكون الإضافة إلى ماله بمنزلة الإضافة إلى مال[2] نفسه، لأن الظاهر أن الإنسان إنما يرضى بالتصرف في مال نفسه، بأن يكون البدل له لا لغيره.

ولهذا لو دفع إلى رجل ألفا[3]، وأمره أن يشتري له بها جارية، فاشترى المأمور جارية، ثم اختلفا، فقال الوكيل: "اشتريتها لنفسي"، وقال الموكل: "اشتَريتها لي"، إن كان الوكيل أضاف العقد إلى مال الموكل، كانت الجارية للموكل.

ولو قال: "اشتر جارية فلان بأجر كذا"، كان توكيلا بأجر، لأن التزام الأجر دليل على التوكيل، والعمل له، فإن اشترى الوكيل لا يستوجب الأجر المسمّى، لأنه استأجره لعمل مجهول لا يتم به وحده، فكانت الإجارة فاسدة، فيجب أجر المثل، ولا يزاد على المسمّى، لأن العامل رضي بالنقصان.

ولو قال: "اشتر جارية بألف درهم"، أو "هذه الجارية بألف"، أو "جارية فلان بألف درهم"[4]، فاشترى كان مشتريا لنفسه[5]، لأنه ليس في لفظه ما يدل على التوكيل،

---

(١) انظر «بدائع الصنائع»: ٦/ ٢٥.

(٢) "مال": ساقط من الأصل، ومن (ج) و (د): وثبت في (ا) و (ب).

(٣) في (ا): "لو دفع ألفاً إلى رجل".

(٤) "درهم" ساقط من الأصل، ومن (ج) و (د): وأثبت من (ا) و (ب).

(٥) انظر «بدائع الصنائع»: ٦/ ٢٥.

فلا يجعل توكيلا، ويحمل على المشورة.

ولو قال: "أبضعتك لتشتري [جارية][1]"، أو قال: "هذه الجارية بألف درهم" أو "جارية فلان"، كان توكيلا؛ لأن المستبضع من يعمل بغيره، فكان هذا والتوكيل سواء.

ولو دفع ألفا إلى رجل، وقال: اشتريها[2]، القياس أن لا يصح، وما اشترى يكون للمأمور؛ لأنه مجهول، وفي الاستحسان يصح، وما اشترى يكون للآمر، لأن الإطلاق تفويض وتعميم[3]، كأنه قال: "اشتر ما بدا لك"، أو قال: "سلّطتك على الشراء بها".

ولو قال: اشتر لي بها شيئا لا يصح، وما اشترى يكون للمأمور، لأنه لو قال: "اشتر لي بها ثوبا" لا يصح، فهذا أولى، بخلاف قوله: اشتريها.

ثم سأل في الكتاب على نفسه سؤالا فقال: [لو قال][4]: "اشتريها"، يجوز؟ ولا فرق بين هذا وبين قوله: "اشتر لي بها شيئا"، ثم أجاب عن هذا فقال: قوله: "شيئا"، نكرة في موضع الإثبات فيخصّ، والتخصيص يمنع التعميم، أما المطلق فليس فيه ما يوجب التخصيص، فيكون للتعميم.

ثم ذكر القياس والاستحسان هاهنا، ولم يذكر في قوله: "اشتر لي بها وبع"، وقال: يجوز، من المشايخ من قال: لا فرق بينهما، والقياس والاستحسان ثابت في المسألتين [جميعا][5]، ومنهم من قال: القياس والاستحسان في هذه المسألة خاصة، لأن

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٢) زاد في الأصل هنا: "ولم يشتريها" وهو غير صحيح.

(٣) انظر «القول الحسن في جواب القول لمن» ص: ١٨٣ .

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٥) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

ثمّة وجد ما يدل على التعميم، وهو الأمر بالبيع والشراء، وهاهنا لم يوجد.

ثم استشهد رحمه الله لإيضاح الفرق بين قوله: "اشتر لي بها شيئا"، وبين قوله: "اشتر لي بهذه الألف"، على جواب الاستحسان، فقال:

ألا ترى أنه لو [قال][1]: "اشتر لي بهذه الألف شيئا بيني وبينك"، كان باطلا، ولو قال: "اشتر لي بهذه الألف بيني وبينك" كان جائزا، وكذا لو قال: "خذ هذه الألف فاشتر بها بالنصف أو بالثلث"، جاز، ويكون تعميما.

ولو أتى سمسارا بمال، وقال: اشتر لي بها، فإن كان سمسارا في شيء خاص كالثياب والطعام يتقيد بذلك، ولو اشترى شيئا آخر لا يكون للآمر، والقياس على ذلك، الاستحسان أن لا يتقيد، ويشتري كل ما بدا له، وفي الاستحسان يتقيد بما هو سمسار فيه بحكم العادة، فهذا استحسان من قياس.

ولو دفع خمسين درهما إلى رجل، وقال: اشتر لي بها أدنى شيء، فالقياس أن لا يصح[2]؛ لأنه مجهول جهالة فاحشة، وفي الاستحسان يجوز، ويشتري ما بدا له، لأن معناه: أدنى ما يتيسّر عليك أو تجده[3]، فيكون تفويضا على وجه التعميم احترازا عن التضييق على الوكيل.

-والله أعلم.

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٢) كذا ثبت في (ا) و (ب)، وفي الأصل و (ج) و (د): "في القياس لا يصح".

(٣) في (ا) و (ب): "وتجده".

باب من الوكالة التى يعطيها صاحبها على التصديق أو على التكذيب أو بغير تصديق ولا تكذيب وما يضمن من ذلك وما لا يضمن

بنى الباب على أصول عرفت غير مرة:

منها: أنّ إقرار الإنسان على نفسه حجّة، وعلى غيره ليس بحجة[1]، لأن الإقرار على الغير شهادة، وشهادة الفرد لا تقبل [في الأموال][2]، فالإقرار أولى.

ومنها: أن قول المتناقض، وسعي الإنسان في نقض ما تمّ به مردود إلا إذا وافقه الخصم.

ومنها: أن مَن دفع مالا إلى غيره على ظن أن يكون حقا، لا يكون له ولاية الاسترداد ما لم يخرج من أن يصير حقا[3].

---

(١) انظر «المبسوط»: ١/ ٤٩، و«بدائع الصنائع»: ٦/ ٥، والاشباه لابن نجيم: ٣٠٢، و«حاشية الدسوقي»: ٣/ ٥٣٨، و«المبدع»: ٤/ ٢٢٥، و«المغني»: ٤/ ٤٠٥، وقد مرّت هذه القاعدة في الكتاب في ص: ٥٥٥.

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب)، وجاء في (ج) و (د): "شهادة الفرد في الأموال لا تقبل".

(٣) يؤيد هذا الضابط ما ذكره السرخسي: إذا ادعى الرجل أن فلاناً وكله بقبض دين له على هذا فلم يقر الغريم به، ودفع المال إليه على الانكار، ثم أراد أن يسترده منه، لم يكن له ذلك، لأنه دفع إليه على وجه القضاء. انظر «المبسوط»: ١٠/ ٧٦.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل له دين على رجل[(١)]، فغاب الطالب، وجاء رجل إلى المديون، وقال: إنّ صاحب المال وكّلني بقبض دينه منك، وصدّقه المديون في ذلك، وامتنع عن القضاء[(٢)]، يجبر[(٣)] على القضاء.

فرّق بين هذا وبين ما لو كان المال وديعة، جاء رجل، وادّعى أنه وكيل صاحب الوديعة[(٤)] بقبضها، أو مات صاحب الوديعة، وادّعى أنه وصية، وصدّقه المودع، فإنه لا يؤمر بتسليم الوديعة إليه[(٥)].

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجبر، لأن المودَع لما[(٦)] صدّقه في ذلك، فقد أقرّ أنه أحقّ بحفظ العين، وإمساكه من المودع، فيؤمر بالتسليم إليه.

ووجه[(٧)] الفرق على ظاهر الرواية أن المديون يقضي الدين من مال نفسه، فإذا صدّقه في الوكالة، فقد أقرّ على نفسه بوجوب قضاء الدين إليه من مال نفسه، فصح إقراره، أما الوديعة مال الغير، فتصديق المودع إقرار بحق قبض مال الغير للمدعي، فلم يصح إقراره على صاحب الوديعة.

هذا إذا صدّقه في الوكالة، وإن كذّبه في الوكالة، أو سكت، ولم يصدّقه، ولم

---

(١) زاد في (ا) هنا: "ألف".

(٢) أي أداء الدين.

(٣) في (ج) و (د): "أجبر".

(٤) في (ا) و (ب): "صاحب المال".

(٥) انظر «المبسوط»: ١٠/ ٨٦.

(٦) في (ج) و (د): "إذا صدّقه".

(٧) في (ج) و (د): "والفرق".

يكذّبه [لا تثبت الوكالة][1] لا يؤمر بقضاء الدين إلى المدّعي[2]، لأن الوكالة لم تثبت، [فلا يؤمر بقضاء الدين إلى المدعي][3]، فإن أعطاه المال مع ذلك ثم أراد أن يستردّ، لم يكن له ذلك؛ لأن احتمال الصدق في كلام المدعي ثابت، وعلى اعتبار الصدق يصير المقبوض ملكا للغائب، وعلى اعتبار الكذب في كلام المدعي يثبت للغائب حق الإجازة، فلا يكون له حق الاسترداد ونقض القبض.

فإن حضر الغائب بعد ذلك إن صدّقه في الوكالة، برئ الغريم؛ لأنه أقرّ على نفسه بالاستيفاء، وإقراره حجّة عليه، ويأخذ المال من الوكيل إن كان قائما.

وإن ادّعى الوكيل هلاك المقبوض أو الدفع إلى الموكل، في هذا الوجه كان القول قوله؛ لأنه أمين، فإن أنكر صاحب المال الوكالة، كان القول قوله؛ لأنه أنكر استيفاء الدين.

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) لقد أجاد الإمام الطحاوي - رحمه الله - في تلخيص هذه المسألة فقال: قال أصحابنا إذا أدعى رجل أن المودع وكله بقبض الوديعة فهو على أربعة أوجه:

١ - إن كذبه ودفعها ثم جاء المودع، وأنكر التوكيل ضمن المودع ورجع به على الوكيل.

٢ - وكذلك إن لم يصدقه ولم يكذبه.

٣ - وكذلك أن صدقه وضَمَّنه، وإن صدقه ولم يضمّنه لم يرجع به على مدعى الوكالة.

٤ - وكذلك مدّعي الوكالة بقبض الدين.

وقال أصحابنا: إذا ادعى الوكالة بقبض الدين، وصدقه الغريم فإنه يجبره على تسليمه إليه. انظر «مختصر اختلاف العلماء»: ٤/ ١٩٣.

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

فإن كان المقبوض قائما في يد الوكيل، فلصاحب المال الخيار، إن شاء أجاز قبضه، وأخذ المقبوض، وإن شاء لم يُجز، ورجع على الغريم، لأنه لما أنكر الوكالة بقي القابض فضوليا في حقه، فكان له أن يجيز قبضه، فإن لم يجز قبضه، وأخذ الدين من الغريم، كان للغريم أن يستردّ المقبوض من الوكيل، سواء صدّقه الغريم في الوكالة، ودفع المال إليه، أو كذّبه في الوكالة[1]، أو سكت، ولم يصدِّقه، ولم يكذِّبه، ودفع المال[2].

أما في التكذيب والسكوت، فلأنه دفع مال نفسه إلى القابض رجاء أن يسلّم له ما في ذمته بإجازة الغائب ونحوه[3]، فإذا لم يسلم له ما في ذمته كان له أن يرجع عليه، وأما إذا صدّقه في الوكالة، ودفع المال [إليه][4]، فلأن الغريم مع الوكيل تصادقا أنّ الطالب أخذ المال من المديون ظلما، وما في يد الوكيل ملك الطالب، فإذا ظفر الغريم بجنس حقه من مال الطالب كان له أن يأخذه.

هذا إذا كان المقبوض قائما في يد القابض، فإن كان القابض يزعم أنّ المال قد هلك، أو يزعم أنه دفع المال إلى صاحب المال، وصاحب المال ينكر، فإنّ صاحب المال يرجع على الغريم بدينه، لأن الاستيفاء لم يثبت، وليس له أن يضمن القابض.

أما ليس له أن يضمن القابض، لأن الطالب يزعم أنّ القابض قبض من المديون بغير حق، وصار ضامنا للغريم، [فيكون][5] القابض مديون مديونه، وليس للطالب أن يرجع

---

(١) قوله: "في الوكالة" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في الأصل من (ا) و (ب).

(٢) انظر «مختصر اختلاف العلماء»: ٤/ ١٩٣.

(٣) قوله: "ونحوه": ساقط من (ج) و (د).

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د)، ومن النسخ الأخرى.

(٥) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

على مديون مديونه.

ولا يقال: يجيز قبضه فيضمنه، لأنا نقول: الإجازة إنما تعمل حال قيام المقبوض لا بعد هلاكه، ولأن الإجازة لو صحّت يصير أمينا، وهلاك الأمانة في يد الأمين لا يوجب الضمان[1]، فلا يرجع الطالب على القابض، لكن يرجع على الغريم لأن البراءة لم تثبت.

فإن أراد الرجوع عليه، وطلب الغريم يمينَ الطالب: بالله ما وكل القابض، فإن القاضي يقول له: أتُصدِّق الوكيل فيما ادّعى من الوكالة أو تكذّبه؟ ولا يحلفه قبل السؤال لوجهين:

أحدهما: أنّ الاستحلاف لا يكون إلا بعد الدعوى، وهو إلى الآن كان مكذّبا أو ساكتا، وبدون [الدعوى][2] لا يستحلف في حقوق العباد.

والثاني: أنه لو حلّفه من غير أن يصدِّقه في الوكالة يحلف ثانيا، لأن الوكيل [يحلفه][3] عند رجوع الوكيل على الموكل[4] في الآخرة على ما نذكر، فيؤدي إلى تكرار

---

(١) الامانة لغة مصدر بمعنى كون الإنسان أمينا، وفي اصطلاح الفقهاء، هي الشيء الموجود عند من اتخذ أميناً يعني المال، انظر «درر الحكام الكتاب السادس» ص: ١٩٤.

وقد جاء ذكر هذه القاعدة في الدرر وهي الامانة غير مضمونة، انظر: «درر الحكام» الكتاب السادس ص: ٢٠٢.

كما ذكر ابن عبدالبر - رحمه الله - هذه القاعدة في التمهيد انظر: ٦/ ٤٣٩.

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ج)

(٣) ما أثبتناه بين المعكوفتين من (ا) و (ج)، والعبارة في الأصل: "لأن الوكيل وبخصومته عند رجوع الوكيل". وما أثبت أصح.

(٤) كذا في الأصل، وفي (ا): "عند رجوع الغريم على الوكيل".

اليمين في خصومة واحدة، وذلك باطل، فلا يحلفه قبل السؤال عنه.

فإن قيل: لو ادّعى الغريم الوكالة بعد ما كذّبه في الوكالة، يكون متناقضا، فكيف تسمع دعواه؟.

قلنا: إنما جحد الوكالة أولا؛ لأنه ما كان يعلم بالوكالة، فإذا علم ادّعى؛ فلم يكن متناقضا.

فإن ادّعى[1] الغريم الوكالة يستحلف صاحب المال[2]، لأنه يدّعي عليه البراءة عن الدين بالدفع إلى نائبه، فيحلف رجاء النكول، فإن نكل صار مقرا بذلك، فيبرأ الغريم [عن الدين][3]، وإن حلف كان له أن يأخذ المال من الغريم.

فإن قال الغريم للقاضي حين سأله: أنا لا أقر بالوكالة، لا يجبره القاضي على الإقرار بالوكالة، لأنه يتحرّز عن الضرر كيلا يبطل حقه في الرجوع به[4] على القابض، ولكن لا يحلف الطالب لما ذكرنا من الوجهين، ويرجع الطالب على الغريم بدَينه، فإذا رجع الطالب على الغريم بدينه، ثم أراد الغريم أن يرجع على الوكيل، فهو على وجوه أربعة:

إما أن صدّقه في الوكالة ودفع المال إليه، أو كذّبه ودفع، أو سكت ولم يصدّقه ولم يكذّبه [مع ذلك دفع المال إليه][5]، أو صدّقه في الوكالة وضمنه ودفع المال إليه[6].

---

(١) في (ا): "فإذا ادعى".

(٢) انظر "مختصر اختلاف العلماء": ٤/١٩٣.

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٤) "به": ساقط من (ج) و (د).

(٥) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٦) "المال إليه" ساقط من (ج) و (د).

ففي الوجه الأول: وهو ما إذا صدّقه في الوكالة ودفع المال إليه، لا يرجع لأنه لما صدّقه في الوكالة فقد أقرّ أن الوكيل[1] قبض بحق، وأن القول في هلاك المقبوض أو الدفع إلى الموكل قول الوكيل[2]؛ لأنه أمين، وإن ما أخذ الطالب من الغريم أخذ ظلما، ومن ظلَم ليس له أن يظلم غيره، فلا يكون له أن يرجع على الوكيل، لكن له أن يحلف الوكيل إذا كذّبه في هلاك المقبوض أو الدفع إلى الموكل، لأنه لو كان المَقبوض قائما في يد الوكيل، كان للغريم حق الاسترداد لما مرّ، فالغريم يدّعي عليه حق ردّ المقبوض، وهو ينكر فيحلفه.

وفي الوجه الثاني والثالث، وهو ما إذا كذّبه في الوكالة ودفع المال إليه، أو سكت ودفع، له أن يرجع على القابض[3]، لأن الغريم[4] إنما دفع إليه المال في هذين الوجهين عوضا عن ما في ذمته، رجاء أن يجيز الطالب، فيسلم له ما في ذمته.

فإذا أخذ الطالب منه حقه كان له أن يرجع على القابض، كما لو اشترى شيئا من فضولي، ونقد له[5] الثمن، وهلك[6] الثمن في يد الفضولي، ولم يجز المالك بيع الفضول[7]، كان للمشتري أن يرجع على الفضولي بالثمن، كذلك هنا.

فإن قال القابض: أنا أريد يمين الغريم: بالله ما وكلني الطالب بقبض المال، يحلف؛

---

(١) قوله: "أن الوكيل": ساقط من (ج) و (د).

(٢) قوله: "الوكيل": ساقط من (ج) و (د).

(٣) انظر «مختصر اختلاف العلماء»: ٤/ ١٩٣.

(٤) كذا في (ا) و (ب) وفي (ج) والأصل: "لأنه" سقوط "الغريم".

(٥) "له": ساقط من (ج) و (د)، أثبت من (ا) و (ب).

(٦) في (ا) و (ب): "وقد هلك".

(٧) قوله: "الفضول": ساقط من (ج) و (د)، وثبت في الأصل و(ا) و (ب).

لأنه لو نكل حتى صار مقرا[1] لا يبقى للغريم حق الرجوع عليه، فكان له أن يحلفه رجاء النكول، لكن يحلفه على العَلم: بالله ما يعلم أن صاحب المال وكله، لأنه تحليف[2] على فعل الغير، فيكون على العلم.

فرّق بين هذه المسألة وبين الوكيل بالشراء، إذا وجد بالمشترى عيبا، وأراد أن يرد، فأراد البائع أن يستحلفه: بالله ما يعلم أن الموكل رضي بالعيب، فإنه لا يستحلف[3]، وإن كان الوكيل لو أقر بذلك يلزمه[4]، ويبطل حق الرد.

وكذا لو ادّعى البائع على الآمر[5] أنّ الآمر رضي به، وأراد يمين الآمر لا يستحلف الآمر، وإن ادّعى عليه معنى لو أقر به يلزمه.

وكذا إذا وكّل الرجل رجلا بقبض الدين والخصومة فيه، فادّعى الغريم أنّ الموكل أبرأه، وأراد يمين الوكيل: بالله ما يعلم أن الموكل أبرأه، فإنه لا يستحلف، وإن أقر بذلك عند القاضي برئ الغريم.

ووجه الفرق: أنّ فائدة اليمين النكول، والنكول إقرار فيه شبهة[6]، فلا يجعل حجة

---

(١) لأن النكول إقرار، انظر البحر الرائق ٧/ ٢٠٧. وقال الكاساني: «النكول بمنزلة الإقرار» انظر: «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٢٣، «المنثور في القواعد» ٣/ ٢٨٣.

(٢) في (ا) و(ب): "لأنه يحلف".

(٣) في (ج) و(د): "يستحلف".

(٤) في (ج) و(د): "لزمه".

(٥) في (ا) و(ب): "المأمور"، ولعل الصواب ما أثبت.

(٦) قال ابن نجيم موجّها له: "النكول إقرار، لأنه يدل على كونه كاذبا في الإنكار، على ماقدّمناه، فكان إقرارا أو بذلا عنه.. لكنه إقرار فيه شبهة". البحر الرائق ٧/ ٢٠٧.

يتعدّى إلى الغير، وفي هذه المسائل أثر النكول يتعدى إلى الغير، فلا يستحلف، أما في مسألتنا أثر نكوله لا يتعدّى إلى الغير، بل يقتصر على الغريم بمنعِ الرجوع على الوكيل، فجاز أن يستحلف.

فإن نكل برئ القابض، وإن حلف كان للغريم أن يضمن القابض، وهو الوكيل، ثم الوكيل يرجع على الطالب، فيحلفه على البتّات: بالله ما وكله، لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف، فإن حلف برئ الموكل، وإن نكل فالغريم بالخيار، إن شاء أخذ ما له من الوكيل، ثم يرجع الوكيل على الموكل، وإن شاء أخذ من الموكل ما أخذ منه.

أما له حق تضمين الوكيل، لأن حقه في تضمين الوكيل كان ثابتا قبل نكول الطالب، فلا يبطل بنكوله.

أما له حق تضمين الموكل، لأن الموكل لما نكل فقد أقر أنّ القابض كان وكيلا، وإن ما أخذ هو بنفسه من الغريم كان ظلما، فصار دينا عليه، وأيهما اختار الرجوع عليه برئ الآخر، كما قلنا في الغاصب مع غاصب الغاصب.

وفي الوجه الرابع: وهو ما إذا صدّقه الغريم في الوكالة، ودفع المال إليه وضمنه، ثم جاء الطالب، وجحد الوكالة، وأخذ المال من الغريم، كان للغريم أن يرجع على القابض بالضمان[1].

واختلف المشايخ في تفسير هذا الضمان، قال بعضهم: أراد به "ضمان الدرك"

كما أورده بعض الفقهاء بصيغة: «النكول بمنزلة الإقرار» انظر: «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٢٣، «المنثور في القواعد» ٣/ ٢٨٣، «المبدع» ٤/ ١١١.

(١) انظر «مختصر اختلاف العلماء»: ٤/ ١٩٣.

للمطلوب، لأن المطلوب اشترى ما في ذمته بما دفع إلى الوكيل، فإذا ضمن[1] الدرك فيما اشترى، وجاء الطالب، وجحد الوكيل، والقول في ذلك قوله، لم يسلم للغريم ما في ذمته من جهة الطالب، فيرجع بالثمن، كما لو باع عبدا بجارية، وتقابضا، واستحقت الجارية، فإنه يرجع بالعبد، كذلك هنا يرجع المطلوب بالثمن على الضامن، كالوكيل بالبيع إذا ضمن الدرك.

وقال بعضهم: أراد بهذا الضمان أن يقول المطلوب للوكيل[2]: بلى! أنت وكيله، إلا أني لا آمن أن يحضر الطالب، ويجحد الوكالة، ويأخذ المال مني ظلما، فإذا فعل ذلك فهل أنت كفيل لي بذلك؟ فإذا قبل يصح، لأن هذه كفالة مضافة إلى سبب الضمان، فتصحّ، كمن قال لغيره: إن غصب فلان مالك، فأنا ضامن بذلك، هذا هو الصحيح.

ومنهم [من قال][3]: أراد بذلك أن يضمن الوكيل الدرك للغريم فيما يقبض منه، وهذا باطل؛ لأن الوكيل مع الغريم تصادقا على أنه أمين في المقبوض، وشرط الضمان في الأمانة باطل، كما في الودائع، والعواري، ورأس مال الشركة، والمضاربة، فإنها لا تصير مضمونة بالضمان، كذلك هنا.

ثم إذا رجع الغريم على الوكيل بحكم الضمان، لم يكن للوكيل أن يستحلف الغريم، لأن الغريم مقر بالوكالة، وإنما رجع على الوكيل بحكم الضمان.

وكذا لو أراد الوكيل يمين الموكل لم يكن له ذلك، لأن الغريم إنما رجع على الوكيل بحكم ضمان الدرك الذي التزمه عن اختيار، لا بفعل كان عاملا للآمر، فلا يرجع عليه

---

(١) في (ا) و (ب): "له"، وهو ساقط من الأصل.

(٢) في (ا): "للوكيل بالقبض".

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

بخلاف ما تقدم، لأن ثَمّة إنما رجع الغريم على الوكيل بفعل باشَرَه للآمر، وهو القبض، فكان للوكيل أن يرجع على الموكل.

ولو كان الغريم دفع المال إلى الوكيل على التكذيب، أو على السكوت من غير تصديق ولا تكذيب، وضاع في يده، ولم يحضر الطالب، ولم يعرف جحود الوكالة حتى مات الطالب، [وورثه][1] الغريم، فقال للوكيل: ما كنتَ وكيلا، فلي أن أرجع عليك، لا سبيل له عليه في تضمين ولا غيره، لأنه دفع المال إليه على وجه الصحة والتمليك، لأن قضاء الدين تمليك، ولم يظهر فساد ذلك التمليك، ولهذا لم يكن له ولاية الاسترداد في حياة المورث فكذلك بعد موته، لأن في الحالين ساع في نقض ما تمّ به.

فإن قيل: إنما لا تسمّع دعواه في حياة الموكل؛ لأنه يخاصم بطريق الأصالة، وهو لا يصلح خصما بطريق الأصالة لمكان التناقض، أما بعد موته[2] يخاصم بطريق الخلافة عن الميت؛ لأنه يثبت حق الميت، والميت لو أنكر الوكالة في حياته يصح ذلك منه، ويسمع دعواه، فيسمع من الوارث بطريق الخلافة.

ألا ترى أنّ الغريم لو أقام البينة في حياة المورث على إقرار الوكيل أنه ما وكله لا تقبل بينته، ولو أقام البينة على هذا الوجه بعد موت المورث قُبلت بينته، ويستردّ المال منه، لأنه يخاصم بطريق الخلافة.

قلنا: الوارث إنما يخلف [المورث][3] فيما يملكه الميت[4]، والميت لا يملك تضمين

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا).

(٢) في (ا): "بعد الموت المورث".

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا).

(٤) "المورث" مكان الميت في (ا).

الوكيل، لأنه زعم أن الوكيل قبض مال الغريم بغير حق، فكيف يملكه الوارث بطريق الخلافة عنه؟ ولا وجه للتضمين بطريق الأصالة، فلا يملك التضمين، بخلاف مسألة الإقرار لما نذكر بعد هذا.

فإذا أراد الغريم يمين الوكيل: بالله لقد وكّلك فلان الميت، لم يكن له ذلك؛ لأن الاستحلاف يترتب على دعوى صحيحة، ولم تصح لمكان التناقض.

ولو أقر الوكيل أنه لم يكن وكيلا صح إقراره(١)، وكان ضامنا، [لأنه](٢) أقر [على نفسه](٣)، لأن الإقرار(٤) حجة بنفسه، والتناقض لا يمنع صحة الإقرار.

ألا ترى أن من باع شيئا، ثم ادّعى أنه كان لغيره باعه بغير إذنه(٥) لا تسمع دعواه، وإن صدّقه المشتري في ذلك يصح إقراره، ويلزمه الردّ، كذلك ههنا.

ولو قال الغريم: أنا أقيم البينة على أن القابض لم يكن وكيلا، لا تقبل بينته؛ لأن هذه بينة قامت على النفي، والبينات للإثبات، ولو أقام البينة على إقرار الوكيل أنه لم يكن وكيلا، ثبتت بينته.

فرّق بين هذا وبين ما لو أقام البينة أنه(٦) لم يكن وكيلا، فإنها لا تقبل؛ لأن تلك

---

(١) هذا هو الأصل الأول الذي مر ذكره على ص ١٥٩٨ .

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) .

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٤) في (ا) : "والإقرار" كذا في (ا) .

(٥) في (ا) : "باع لغير إذن المالك" .

(٦) "أنه" ساقط من (ج) و (د)، وفي (ا) و (ب)، وثبوته أصح .

البينة قامت على النفي، وهذه البينة قامت[1] على الإثبات، وهو إقرار الوكيل.

فإن قيل: لو أقام البينة على هذا الوجه في حياة الموكل لا تقبل، فلماذا تقبل بعد موته؟

قلنا: إنما لا تقبل بينته في حياة الموكل، لأنه يخاصم بطريق الأصالة، وخصومته بطريق الأصالة لا تصح، لأنه ساع في نقض ما تم به. أما بعد الموت الموكل[2] يخاصم بطريق [النيابة][3]، والخلافةِ عن الميت، والقيام مقامه فصحّت خصومته.

فإن قيل: الوارث إنما يحلف المورث فيما يملكه المورث لا فيما لا يملكه، والمورث لو أقام البينة على هذا الوجه لا تقبل، فلماذا تقبل من الوارث؟ ألا ترى أنّ المورث لما لم يملك استحلاف الوكيل، لا يملكه الوارث بطريق الخلافة، فينبغي أن يكون حكم البينة كذلك.

قلنا: المورث كان يملك إقامة البينة في حياته، لأن البينة حجة مطلقة لكل من يدّعي لنفسه حقا، والمورث مدَّع، وإنما لا تقبل بينته لا لعدم الولاية، بل لفقد الحاجة، لأنه يملك أخذ حقه من غير بينة، فأظهرنا تلك الولاية في حق الثابت عند مساس الحاجة، ولا كذلك اليمين؛ لأنها حجة ضرورية، فلا تثبت ولاية الاستحلاف عند انعدام الحاجة، فإذا لم تثبت الولاية للميت لا تثبت للوارث بطريق الخلافة.

فإن قيل: لو صار نائبا عن الموكل بعد موته، وجب أن يكتفى بمجرد إنكاره الوكالة، كما لو حضر الموكل، وجحد الوكالة.

---

(١) "قامت" ساقط من (ا).

(٢) ساقط من (ج) و (د)، وأضيفت من (ا).

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج)، (ا).

قلنا: إنما يكتفى بمجرد إنكار الغريم، لأن الموكل[1] لم يوجد منه ما يدل على التصديق، وقد صدر من الغريم ما يدل على التصديق، وهو دفع المال إليه، فلا يكتفى بمجرد إنكاره قال[2].

وكذا لو كان الموكل حيا، ووهب المال للغريم[3] أو أبرأه، فهذا وما لو مات، وورثه الغريم سواء في الوجوه [كلها][4]، لأنه كما لا يتوهّم منه الإجازة بعد الموت لا تصح بعد الهبة، وكما يسقط الدين عن الغريم بالميراث يسقط بالهبة [والإبراء][5].

ولو مات الموكل، فورثه الغريم ورجل آخر، فجحد ذلك الوارث التوكيل، كان له أن يأخذ من الغريم نصيبه من الدين، لأنه قائم مقام المورث، فكان جحوده في نصيبه من الدين كجحود الموكل، فيأخذ نصيبه من الغريم، ثم يرجع الغريم بما أخذ منه هذا الوارث على الوكيل.

كما لو كان الموكل حيا، وجحد، وأخذ المال، فحكم الغريم في نصيبه من الدين ما هو حكمه في الكل، إذا لم يكن معه وارث آخر، وثمّة لا يرجع على الوكيل بشيء اعتبارا للبعض بالكل، إلا أن يقول الغريم: إنّ المال لم يهلك، أو لم يدفعه إلى الموكل، أو ادّعى أنه استهلكه، وأراد أن يحلف الوكيل، كان له ذلك؛ لأنه غير متناقض في هذه الدعوى، فصح استحلافه، فإن حلف الوكيل برئ، وإن نكل لزمه ذلك النصف، كما لو أقر به

---

(١) قوله: "لأن الموكل" ساقط من (ج).

(٢) "قال" ساقط من (ا)، و(ج).

(٣) (ج) و (د): "من الغريم".

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٥) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا).

صريحا.

[قال][1]ولو لم يمت الموكل، ولم يهب المال حتى حضر، وجحد الوكالة، ولم يقدم الغريم إلى القاضي حتى مات، فورثه الغريم، أو وهب المال للغريم، أو أبرأه، فأقام الغريم بينة على جحوده الوكالة، لا سبيل له على الوكيل إلا أن يجد المقبوض قائما فيأخذه، لأن الجحود في غير مجلس القاضي غير معتبر، لأنه لا يوجب مالا على الغريم، [ولم يوجد][2] قضاء القاضي بفسخ الوكالة، فبقي ساعيا في نقض ما تم به، إلا أن يكون المقبوض قائما في يده، فيقيم الغريم البينة على الموت أو الهبة، فتقبل بينته؛ لأنه يثبت بالبينة أن مال الميت صار ملكا له بالميراث والهبة.

ولو جحد الموكل عند القاضي، فلم يقض القاضي بشيء، أو قضى بالمال للموكل على الغريم، كان للغريم أن يأخذ المال من الوكيل، لأنه لما جحد عند القاضي، والقول قوله في جحود الوكالة، فقد وجدت الحجة في مجلس القاضي، وانتفت الوكالة، لا يبقي الغريم[3]، وتقرّر الدين في ذمة الغريم، وصار الوكيل ضامنا لما قبض، وللوكيل أن يحلف الغريم: بالله ما يعلم أن الموكل وكّل الوكيل، لأن الغريم قام مقام الموكل، وكان للوكيل أن يحلف الموكل فيحلف من قام مقامه، إلا أنه يحلفه على العلم؛ لأنه تحليف على فعل الغير.

ولو كان الغريم صدّق الوكيل في الوكالة، ودفع المال إليه، وضمنه، ثم حضر الموكل، وجحد الوكالة، وحلف، وقضى له بالمال على الغريم، فلم يأخذ المال حتى مات،

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا).

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٣) قوله: "لا يبقي الغريم" ساقط من (ج) و (د).

وورثه الغريم، أو وهب المال للغريم أو أبرأه، لا يرجع الغريم على الوكيل بشيء، لأنه لو رجع إنما يرجع بحكم الضمان، فإذا لم يأخذ الموكل شيئا لم يلحقه دين، لا يثبت [له ولاية الرجوع][1].

ولو كان الموكل حين جحد أخذ المال من الغريم، ورجع الغريم على الوكيل بحكم الضمان، وأخذ منه، ثم مات الموكل، فورثه الغريم، كان للوكيل أن يرجع في تركة الميت بمثل ما غرم للغريم، لأن في زعم الغريم والوكيل أن الوكيل كان وكيلا، وأنّ ما أخذ الطالب من الغريم كان ظلما.

ولما رجع الغريم على الوكيل، وأخذ منه بدلَ ما هو واجب [له][2] على الموكل صار الواجب في ذمة الموكل للوكيل، فإذا هلكت تلك الألف صارت دينا في تركة الميت، والوارث إذا أقر بدين في تركة الميت يؤاخذ به، لأن الدين مقدم على الميراث، وإن كان للموكل وارثان، أحدهما هو الغريم، ثم رجع الوكيل بمثل ما ضمن في حصة الغريم، كما لو أقر أحد الوارثين بدين على الميت.

ولو لم يمت الموكل، ولكن وهب للغريم ألفا، وسلّمها، إن وهب تلك الألف التي أخذها من الغريم رجع الوكيل على الغريم بما أدى إليه، لأنهما تصادقا أنّ ما أخذ الطالب من الغريم كان ظلما[3] غصبا، فإذا وصل إليه عين حقه، صار كأن لم يأخذ منه الموكل[4] شيئا، فيجب عليه رد ما أخذ من الوكيل.

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٣) قوله: "ظلماً" ساقط من (ج)، (ا).

(٤) في (ج) و (د): "الوكيل".

وإن وهب الموكل للغريم ألفا أخرى، لا سبيل للوكيل عليه، لأن الموكل غاصب في زعمهما، والغاصب إذا وهب شيئا للمغصوب منه، لا يبرأ عن ضمان الغصب، وإن لم يهب له، ولكنه أوصى للغريم بوصية، ثم مات، وليس الغريم وارثه، فالوكيل أحق بما أوصى للغريم حتى يأخذ مثل ما غرم، لأن ما أخذ الموكل دين في زعمهما، والدين مقدم على الميراث والوصية.

ولو كان الغريم دفع المال إلى الوكيل على السكوت من غير تصديق ولا تكذيب، ثم حضر [الموكل][1]، وجحد الوكالة، وأشهد على ذلك، وغاب، فقدّم الغريم الوكيل إلى القاضي، وأراد أخذ المال منه، والمقبوض [قائم][2] في يده أو هلك، لم يكن له ذلك. ولو أقام البينة على جحود الموكل لم تقبل.

ولو أراد استحلافه: بالله ما يعلم أن الموكل جحد الوكالة، لا يستحلف؛ لما قلنا أنه لا عبرة للجحود في غير مجلس القاضي سواء أشهد على الجحود أو لم يشهد. ألا ترى أنه لو حضر بعد ذلك، وأقر بالوكالة صح إقراره.

وأشار هنا إلى معنى آخر، وقال: بأن حق الغائب تعلق بتصادقهما، حتى لو أجاز قبضه تصح إجازته. فلو قضينا بالمال للغريم، كان ذلك قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر.

ولو أن الطالب حين حضر، وجحد الوكالة، أخذ المالَ من الغريم ثم غاب، فقدم الغريم الوكيل إلى القاضي، وأقام البينة على جحوده الوكالة، وأخذه المال منه، وأراد استحلاف الوكيل على العلم، كان له ذلك.

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

فرّق بين هذا وبين ما إذا جحد، ولم يأخذ المال من الغريم[١]، لم يكن للغريم أن يرجع على الوكيل، ويخاصمه، لأن بمجرد الجحود لا ينقطع حق الموكل عما قبض الوكيل، فإنه لو أجاز بعد ذلك تصح إجازته، فلو قضى القاضي للغريم بما في يد الوكيل، كان قضاء على الغائب، فلا يصح.

أما إذا جحد، وأخذ المال من الغريم، انقطع حقه عن ما في يد الوكيل، وعاد ذلك إلى ملك الغريم، ولهذا لو أجاز قبض الوكيل بعد ذلك لا تصح[٢] إجازته، فالغريم يثبت الملك لنفسه فيما قبض الوكيل بسبب أمر[٣] جرى بينه وبين الغائب، وهو أخذ المال منه، فانتصب الحاضر خصما عن الغائب، فلو قضى القاضي بقطع حق الموكل عن المقبوض في يد الوكيل، كان قضاء على الغائب بحضرة الخصم، وإنه[٤] جائز.

قال[٥] ولو أنّ الموكل حين قدّم الغريم إلى القاضي، وجحد الوكالة لم يأخذ المال حتى غاب، فأحضر الغريم الوكيل عند ذلك القاضي، فإنه يقضي على الوكيل بردّ المال على الغريم، لأنه لو ادّعى عند هذا القاضي جحود الموكل عند قاض آخر، ويثبت ذلك بالبينة، فإن القاضي يقضى له بالمال على الوكيل.

والمعنى ما قلنا أنه لما جحد الموكل [الوكالة][٦] عند القاضي، واختار أخذ المال من

---

(١) قوله: "من الغريم" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ا) : "لا تجوز".

(٣) في (ا) : "آخر".

(٤) في (ا) : "وذلك".

(٥) أثبتناه من (ا).

(٦) ما بيّن المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا)، (ج) و (د).

الغريم، فقد أبطل الوكالة، وقطع حق نفسه عما قبض الوكيل، فإنما بطل حقه عن المقبوض بإبطاله، فلم يكن [الغريم][1] ساعيا في نقض حق أثبته الغائب، وهو قضاء على الغائب بحضرة من قام مقامه، لأن الغريم ادّعى حقا على الوكيل، أو في يده بسبب فعل جرى بينه وبين الموكل، وهو اختياره تضمين الغريم، وتقرير الدين في ذمة الغريم، فانتصب الحاضر خصما عن الغائب.

ـ والله أعلم .

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب)، وجاء في الأصل وفي (ج): "الوكيل" مكان "الغريم"، والصواب ما أثبت.

باب الوكالة بالشيء يكون على غير ما أمر به ما يجوز مالا يجوز(1)

ذكر في الباب فصولا ثلاثة: فصل في الوكالة، وفصل في مباشرة الشراء، وفصل في المضاربة، وأدارها على أصول(2) أربعة:

أحدها: أنّ الإشارة والتسمّية إذا اجتمعتا في التوكيل، إن كان المشار إليه من جنس المسمّى يتعلق العقد بالمشار إليه، وإن لم يكن من جنسه يتعلق بالمسمّى(3)؛ لما عرف في

---

(1) كذا في (ا) و (ب)، وجاء في (ج) و (د): أيجوز أو لا يجوز، وما ثبت أولى.

(2) في (ج) و (د): "على فصول أربعة" وهو خطأ.

(3) هذا عند الإمام أبي حنيفة - رحمه الله - أما عند الإمام محمد بن الحسن - رحمه الله - فهو يقول: الأصل أن المسمى إن كان من جنس المشار إليه يتعلق بالمشار إليه، لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتا والوصف يتبعه، وإن كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى، لأن المسمى مثل للمشار إليه، وليس يتابع له، والتسمية أبلغ في التعريف من حيث أنها تعرف الماهية، والإشارة تعرف الذات، ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس، ولو اشترى على أنه ياقوت أحمر فإذا هو أخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس. انظر: «الهداية مع فتح القدير»: ٣/ ٢٣٩، ٢٤٠، و«الفتاوى الهندية»: ٢/ ١٣٤.
وقد تعقب على هذا القول كل من الحموي، وابن نجيم، راجع للتفصيل «غمز عيون البصائر» شرح الأشباه والنظائر.

البيوع وغيره[1].

والثاني: إن دفع الغرور عن الوكيل واجب، كيلا يمتنع الناس عن قبول الوكالة، ولهذا لا يصح عزله بدون علمه قصدا[2].

والثالث: أن النقود لا تتعين في التوكيل قبل التسليم إلى الوكيل[3]، وتتعين في الشركات والمضاربات على كل حال، لأن المقصود من المضاربة والشركة الربح[4] دون العقد، فكانت بمنزلة الهبة، والنقود تتعين في الهبة.

أما المقصود من التوكيل عقد الوكيل، فكانت الوكالة وسيلة إلى الشراء، والنقود لا تتعين في الشراء والمعاوضات، فلا تتعين في الوسيلة.

وبعد ما دفع إلى الوكيل هل تتعين؟

قال بعضهم: تتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها قبل الشراء.

وقال عامة المشايخ: لا تتعين لما قلنا أن التوكيل وسيلة إلى الشراء[5]، وإنما تبطل الوكالة بهلاكها قبل الشراء، لأن المقصود من الدفع إلى الوكيل قطع رجوع الوكيل على الموكل؛ لما عرف أنّ عقد الوكيل يوجب دينين: دينا للبائع على الوكيل، ودينا للوكيل على

(١) سبق ذكره والبصائر: ٣/ ٤٥٧، كتاب البيوع ص ١٠٦٦.

(٢) انظر «المبسوط»: ١٩/ ١٥.

(٣) انظر «الاشباه والنظائر» ص ٣٧٥، و«درر الأحكام» ١/ ١٩٠ رقم المادة ٢٤٣.

(٤) في (ا) و (ب): "في الربح".

(٥) قال ابن نجيم - رحمه الله -: ولا يتعين النقد في النذر والوكالة قبل التسليم وأما بعده فالعامة كذلك. «الاشباه والنظائر» ص ٣٧٥.

الموكل، ولهذا كان للوكيل أن يطالب الآمر بأداء الثمن قبل الأداء من مال نفسه، فإنما يدفع المال إلى الوكيل ليكون رجوعه فيما نقد لا في ذمة الآمر، فكان ذلك دليلا على توقيت الوكالة بها، إذا كان المدفوع صالحا لاستيفاء الثمن، واقتضاءه منه.

والرابع: أنّ استيفاء الأكثر من الأقل ممتنع، والاستيفاء من خلاف الجنس لا يكون إلا بطريق المبادلة، والمبادلة لا تتمّ بدون الرضى.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل قال لغيره: اشتر لي جارية بما في هذا الكيس، وهو ألف درهم، أو قال: اشتر لي جارية بألف درهم التي في هذا الكيس، ودفع إليه الكيس، فاشترى له الوكيل جارية بألف درهم، فنظر في الكيس، فإذا فيه ألف دينار، أو ألف فلس، أو تسعمائة درهم، أو وجده فارغاً لا شيء فيه، فالشراء جائز على الآمر.

وإنما قال ذلك لوجهين:

أحدهما: أنه سمّى الدراهم، وأشار إلى الدينار والفلوس، وهما جنسان، فيتعلق العقد بالمسمى، كما لو باع فَصّاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج، يعتبر المسمّى، ويبطل العقد لانعدام المسمّى[1].

وأما إذا وجد الكيس[2] فارغاً لا شيء فيه[3] فكذلك؛ لأنه أشار إلى المعدوم، وأثر[4] العدم في منع تعلق العقد به فوق اختلاف الجنس، وكذا لو كان فيه تسعمائة

---

(١) انظر «الهداية مع فتح القدير»: ٣/ ٢٣٩ - ٢٤٠.

(٢) "الكيس" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في الأصل، وفي (ا) و (ب).

(٣) قوله: "لا شيء فيه" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في الأصل و(ا) و (ب).

(٤) في (ج) و (د): "أمر العدم"، وما ثبت أصح.

درهم[1]؛ لأن قدر المائة معدوم.

والثاني: ما قلنا إن النقود لاتتعين في التوكيل[2]، ولهذا لاتتعين قبل التسليم إلى الوكيل، فكان المقصود قطع رجوع الوكيل علي الموكل، واستيفاء الثمن من المدفوع، فإذا لم يكن فيه شيء، أو كان فيه تسعمائة لم يصحّ الأمر بالاستيفاء؛ لأنه محال وغرور.

وأما إذا كان فيه دنانير أو فلوس، فاستيفاء الثمن منه لايكون إلا بطريق المبادلة، وأنه يعتمد الرضى، فلا يتمّ مع الجهل، وإذا لم يصح الأمر بالاستيفاء صار دفع الكيس إليه وعدمه بمنزلة.

وقبل الدفع لو اشترى له جارية بألف كان جائزا ممتثلا لأمره لتعلّق التوكيل بالمسمّى فكذلك هنا، ويرجع الوكيل على الموكل بألف درهم. ولو هلك الكيس عنده يهلك أمانة.

وكذا لو كان في الكيس ألف وخمس مائة فاشترى له جارية بألف، جاز الشراء[3] على الأمر، و يستوفي ألفا مما نقد، ويردّ الباقي على الموكل؛ لأن استيفاء ألف وخمس مائة عن الألف[4] يكون رباً، فيردّ الزيادة.

وكذا لو نظر الوكيل في الكيس أوّلاً، ثم اشترى جارية بألف كان ممتثلاً أمره؛ لأن الوكالة تعلقت بالمسمى لما قلنا. ولنفي الغرور عن الوكيل؛ لأنها لو تعلّقت بالمشار إليه، فإذا اشترى بألف يصير مشترياً لنفسه، فيتضرر به، فإذا تعلقت بالمسمى كان ممتثلاً.

---

(١) "درهم": ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر الاشباه والنظائر: ٣٧٥.

(٣) "الشراء": ساقط من (ج) و (د)، وثبت في الأصل و(ا) و (ب).

(٤) كذا في (ا) و (ب)، وجاء في (ج) و (د)، "لأن استيفاء الألف من ألف وخمس" والصواب ما أثبت.

ولوكان الموكّل وزَن ألف درهم بين يدي الوكيل، وهي غير مشكلة فقال: اشترلي بهذه المائة دينار جاريةً، فاشترى له جارية بألف درهم، كان مشترياً للآمر، وإن اشترى بمائة دينار كان مشترياً لنفسه، لأنه لما أراه الدراهم انتفى الغرور، وزا ل الاشتباه والضرر، إذ ليس الخبر كالعَيان، وتحمل التسمية على ما هو المعتاد، وهو الترويج والمدح أو الذمّ إذا سمّاهما فلوساً، يقول الرحل: أبيع منك هذا الفرس، ويشير إلى الحمار مدحاً له، ويقول: أبيع منك هذا الحمار، ويشير إلى العبد ذمّاً له.

ولو قال: اشترلي بهذه الألف جارية، وأشار إلى الدراهم، ولم يدفعها إلى الوكيل حتى سرقت، أو ضاعت، أو أنفقها الموكل على نفسه، وعلم الوكيل بذلك أو لم يعلم، ثم اشترى له جارية بألف درهم كان مشترياً للآمر؛ لأن التعيين لم يصح، ولم يوجد ما يدل على التوقيت، وهو التسليم إلى الوكيل، فتعيّنت الوكالة بألف مطلقة، وإذا لم تتعلق الوكالة بتلك الدراهم لم يكن إنفاقها عزلاً للوكيل، فكان مشترياً للآمر.

ولو دفعها إلى الوكيل، فلم يشتر بها حتى سرقت أوضاعت، لاضمان عليه؛ لأنه كان أميناً في القبض[1]؛ لأنه لايستوجب على المؤكل ديناً قبل الشرآء، فلا يكون عاملاً لنفسه، وتبطل الوكالة بهلاكها لوجود ما يدل على التوقيت، وهو الدفع إلى الوكيل علم الوكيل بذلك أو لم يعلم؛ لأنه عزل حكميّ لاغرور فيه، فلايتوقف على العلم.

---

(١) قال الشيخ محمد غانم البغدادي -رحمه الله-: الوكيل بالشراء إذا قبض الثمن فهلك عنده أن كان قبض الثمن من الموكل قبل الشراء يكون أمانة سواء هلك قبل شراء الوكيل أو بعده، وإن قبض الثمن من المؤكل بعد الشراء يهلك مضموناً.

كتاب مجموع الضمانات: ٢٥١ - ٢٥٢، وانظر بدائع الصنائع: ٦/ ٣٤، مختصر اختلاف العلماء ٤/ ٧٤، «المبسوط»: ١٩/ ٦٥.

ولو دفع إليه الكيس، وقال: اشتر لي جارية بالألف التي في هذا الكيس، فإذا فيه خمس مائة درهم، فلم يشتر بها حتى ضاعت، ثم اشترى بالألف جارية كان مشترياً لنفسه؛ لأنه سمى ألفاً، ودفع إليه خمس مائة، فصار كأنه قال: اشتر لي جارية بهذه الخمس مائة، وبخمس مائة أخرى من مالي.

ولو قال ذلك، وضاع المنقود، ثم اشترى بالألف جارية كان مشترياً لنفسه؛ لأنه لم يرض بتوجه المطالبة عليه بما زاد على خمس مائة، فلو جاز شراؤه للآمر[1] بألف بعد هلاك المنقود كان له أن يرجع على الآمر بألف[2]، وهو غير راضٍ به فتبطل الوكالة بخمس مائة، بقي وكيلا في الشراء بخمس مائة، فإذا اشترى بالألف كان مشتريا لنفسه.

وإن اشترى بخمس مائة درهم[3] ينظر: إن كانت الجارية تساوى ألفاً أو أقل من ألف قدرَ ما يتغابن الناس فيه، يكون مشتريا للآمر، لأنه حصل مقصوده، ولايتوجه عليه المطالبة إلا بخمس مائة، وللوكيل[4] رضي بذلك.

وإن كانت تساوي خمس مائة يكون مشتريا لنفسه، لأنه لما أمره بالشراء بألف، فإنما يرغب في جارية تساوي ألفا، فإذا اشترى غيرها كان مخالفا، كما لو قال: اشتر لي جارية بهذه الخمس مائة بخمس مائة أخرى من مالي، ودفع الخمس مائة إليه، ولم يهلك المنقود حتى اشترى[5] الوكيل، إن اشترى بالخمس مائة جارية [إن كانت][6] تساوي ألفا يجوز،

(١) في (ا) و (ب): "على الآمر".

(٢) قوله: "بألف" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٣) "درهم" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٤) "الوكيل" ساقط من (ا) و (ب) و (ج).

(٥) في (ا) و (ب): "ثم اشترى".

وإلا فلا، كذلك ههنا.

وكذا لو دفع الألف إليه، وهلك بعضها، ثم اشترى الوكيل بالألف جارية كان مشتريا لنفسه، ولو اشترى بما بقي جارية تساوي ألفا لزم الأمر، [وإلا فلا][1]، ولو لم يهلك من الألف شيء حتى اشترى ببعضها جارية تساوي ألفاً لزم الأمر، كذلك هنا.

ولو دفع إلى رجل ألف درهم، وأمره أن يشتري له جارية بها فضاعت، ثم اشترى المأمور للآمر جارية ألف درهم[2]، ثم تصادقا أن الدراهم التي ضاعت كانت ستوقه[3] أو رصاصا، كان الشراء جائزاً[4] على الآمر، لأن الثابت بتصادقهما في حقهما كالثابت عيانا.

ولو عاينا أنها كانت ستوقة كان مشتريا للآمر، لأن الستوقة والرصاص ليسا من جنس الدراهم، ولهذا لو تجوّز بهما في الصرف والسلم لا يجوز، وعند اختلاف الجنس يتعلق التوكيل بالمسمى لما قلنا[5]، فكان دفعها وعدم دفعها بمنزلة، ويكون الوكيل مشتريا للآمر.

---

(٦) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب) و (ج).

(٢) "درهم" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٣) عرفه المطرزي نقلاً عن الكرخي الستوق: ما كان الصفراء والنحاس هو الغالب الأكثر. المغرب: ٣٨٢.

(٤) كذا في الأصل وفي (ا) و (ب)، وفي (ج) و (د): "جاز الشراء على الآمر".

(٥) انظر «الفتاوى الهندية»: ٢/ ١٣٤.

ولو تصادقا أن الدراهم المدفوعة[1] كانت زيوفا أو بنهرجةً، والمسألة بحالها كان الوكيل مشتريا لنفسه، لأن الزيوف والبنهرجة من جنس الدراهم، ولهذا لو تجوّز بهما في الصرف والسلم يجوز، فتتعلق الوكالة بالمدفوع والمشار إليه لوجهين:

أحدهما: ما قلنا من اعتبار الإشارة في الجنس الواحد.

والثاني: أن المدفوع يصلح محلا لاستيفاء الثمن منه، فتَتوقّت الوكالة بقيامها، فإذا اشترى بعد ما انتهت الوكالة بهلاكها كان مشتريا لنفسه.

ولو كانت الزيوف قائمة، فاشترى المأمور جارية بألف جياد لزم الآمر، جعَل الزيوفَ متعينة عند الهلاك حتي جعل شراء الوكيلَ بالجياد شراء لنفسه[2]، ولم يجعلها متعينة حال قيامها حتي جعل شراء الوكيل[3] بالجياد شراءً للآمر.

ووجه ذلك[4] أن الوكالة تعلقت بالجياد، لأن مطلق اسم الدراهم ينصرف إلي الجياد، إلا أنه إذا[5] دفع الزيوف الوكيل[6]، وأنها تصلح لاقتضاء الجياد منها بالتجوّز توَقّتت الوكالة ببقائها، فإذا هلكت قبل الشراء انتهت الوكالة، لأنها تعينت في الوكالة.

ثم إذا جاز شراء الوكيل بالجياد على الآمر حال قيام المدفوع كان له أن يردّ عليه

---

(١) قوله: "الدراهم المدفوعة": ساقط من (ج) و (د).

(٢) كذا في (ا) و (ب)، وفي الأصل و(ج) و (د): "جعل الوكيل بالجياد مشتريا لنفسه" وما ثبت أولى.

(٣) "الوكيل": ساقط من (ج) و (د).

(٤) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٥) في (ا): "لما".

(٦) "الوكيل": ساقط من (ج) و (د).

الزيوف، ويرجع بالجياد لأنه بالعقد استوجب عليه الرجوع بالجياد، فإذا لم يعلم بالمقبوض، ووجده زيوفا كان له أن يردّه، ويرجع عليه[1] بحقه، وكذا لو علم الوكيل أن المقبوض[2] زيوف وهي قائمة في يده، واشترى بالجياد جاز الشراء[3] على الآمر لما قلنا إن الوكالة تعلقت بالجياد [لانصراف][4] مطلق اسم الدراهم ينصرف[5] إليها، فلاتتغير بعد ذلك.

فإن دفع الوكيل الزيوف إلى البائع الجارية[6]، وتجوز بها البائع لا يرجع الوكيل على الآمر بشيء؛ لإن الوكيل حين قبض الزيوفَ قبضها لاستيفاء الجياد منها، وصحّ قبضه، لكنه غير لازم لمكان[7] لجهله، فلايبطل ذلك القبض إلا بالرد على الآمر، وبعد ما دفع إلى البائع[8] وتجوز بها البائع تعذّر الرد على الآمر، فلايرجع الوكيل على الآمر بشيء.

ولو كان الموكل بيّن للوكيل حال دراهمه أنها زيوف، وسلمها إليه، أو لم يسلم حتى اشترى الوكيل بألف جياد، لزم الوكيل، لأنه لما بيّن له حال الدراهم انتفى الغرور، وزال الاشتباه، وصار كأنه قال اشتر لي جارية بألف بزيوف أو بألف ستوقة، فإذا اشترى بالجياد

---

(١) "عليه": ساقط من (ج) و (د).

(٢) قوله: "أن المقبوض" ساقط من (ج) و (د)، وثابت في (ا).

(٣) قوله: "جاز الشراء": ساقط من (ج) و (د).

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٥) "ينصرف": أثبتناه من (ا).

(٦) "الجارية": ساقط من (ج) و (د)، وثابتة في (ا)، وفي (ا): لأن.

(٧) "لمكان": ساقط من (ج) و (د)، وثابتة في (ا).

(٨) قوله: "دفع إلى البائع": ساقط من (ج) و (د). وثابتة في (ا).

كان مخالفا .

وكذا لو اشترى الوكيل بألف درهم، ولم يذكر جياد، ولاغيرها، لأن مطلق الدراهم في البياعات تنصرف إلى الجياد .

ولو قال اشتر لي جارية بهذه الألف والدراهم[١] ستوقة أو زيوف، ولايعرفها واحد منهما كانت الوكالة على المسمى لاعلى الداراهم[٢] التي عينها، سلمها إلي الوكيل أو لم يسلم، ولاتتعلق بالمشار إليه إلا أن يعلم كل واحد منهما بحال الدراهم، ويعلم أيضا أن صاحبه يعلم بذلك، فحينئذ يتعلق الوكالة[٣] بالمشار إليه لا بالمسمى .

والحاصل أن التوكيل لايتعلق بالمشار إليه إلا بعلوم أربعة : علمهما بحال الدراهم[٤]، وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه، لأن دفع الغرور عن الوكيل واجب، والقدرة علي الامتثال شرط لصحة التوكيل، وذلك لايحصل إلا بهذا[٥] العلوم الأربعة .

أما علم الوكيل؛ لأنه إذا كان لايعلم بحال الدراهم يعتمد على التسمية، فإذا ظهر بخلافه، لو لزمه شراؤه دون الآمر يتضرّر به الوكيل .

وأما علم[٦] الموكل؛ فلأنه إذا كان لايعلم كان مراده ما سمّى، فإذا اشترى الوكيل بغير ما سمى لايحصل مقصوده؛ لأن التي تساوي ألفا جيادا غير التي تساوي ألفا زيوفا،

---

(١) "والدراهم" : ساقط من (ج) و (د)، وثابتة في (ا).

(٢) "والدراهم" : ساقط من (ج) و (د)، وثابتة في (ا).

(٣) في (ج) و (د): "التوكيل".

(٤) في (ج) و (د): "علمهما بالدراهم".

(٥) قوله: "بهذه العلوم" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٦) "علم" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

فيقول الموكل: خالفتَني في الوكالة.

وإن كانا يعلمان جميعا بحال الدراهم لكن الوكيل لايعلم بعلم صاحبه، كان مراد الموكل عند التوكيل المسمى دون المشار إليه.

وإن كان الموكل لايعلم بعلم الوكيل، كان في علم الموكل أن الوكيل لايعلم مراده، فيتمسك بظاهر التسمية، ويتعلق التوكيل بالمسمى، وهي الجياد، فلايتعلق التوكيل بالدراهم التي عيّنها إلا أن يعلم كل واحد منهما بحال الدراهم، ويعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه، وعند ذلك لو اشترى بالزيوف جارية تساوي ألفا جيادا لزم الآمر، لأنه خالفه إلى خير.

وإن اشترى بألف جياد، ثم تصادقا أنهما كانا يعرفان صفة الدراهم، وأن كل واحد منهما كان عالما بعلم صاحبه، فالوكالة تكون[1] على تلك الدراهم التي عينها؛ لأن الثابت بتصادقهما كالثابت عيانا، وعند المعاينة يتعلق التوكيل[2] بالدراهم التي عينها.

وإن تصادقا أن الآمر يعرفها دون الوكيل، يتعلق التوكيل بالمسمى دفعا للغرور عن الوكيل، وإن تصادقا أن الوكيل[3] كان يعرفها دون الآمر، فالتوكيل يتعلق بالمسمى كما في حالة المعاينة، وأيهما ادعى أنه لم يعلم كان القول قوله مع اليمين، لأنه متمسك بالأصل، وهو الجهل.

الفصل الثاني:

---

(١) "تكون": زيادة من (ا) و (ب).

(٢) في (ا) و (ب): "الوكالة".

(٣) في (ج) و (د): "الموكل"، وهو خطأ، والمثبت من الأصل، و(ا) و (ب).

رجل أتى بيّاعا بدراهم، وقال: بعني بهذه الألف كذا وكذا، فباعه بها، فإذا الدراهم زيوف، أو بنهرجة، أوستوقة، فإن كان البائع يعلم أنها زيوف أو نبهرجة[1]، وقبضها[2] لم يكن له إلا ذلك، وإن كان لايعلم فله الجياد؛ لأن مطلق البيع يقع على الجياد التي تقع[3] بها المعاملات في تلك البلدة، ولايعتبر علم المشتري، وجهله[4]، ولاعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه.

فرق بين هذا وبين الوكالة، والفرق أن الوكالة أمانة يعتبر فيها نفي الغرور عن الوكيل، والقدرة على الأئتمان، وإنها تتوقف على الوقوف بمراد الآمر، وذلك لايحصل إلا بالعلوم الأربعة على ما قلنا[5]، فيشترط [فيها][6] العلوم الأربعة.

أما في مسألتنا: صاحب الحق بائع، وهو المالك[7] والمتملك، فيعتبر دفع الضرر عنه، فإذا لم يعلم صفة الدراهم لم يكن راضيا بنقصان حقه، فكان له أن يرد الزيوف[8]، ويستوفي الجياد، وإن تجوَّز بالزيوف والنبهرجة جاز، لأنه أبطل حقه في الجودة، وإن

---

(١) قوله: "أنها زيوف أو نبهرجة" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٢) في (ج) و (د): "قبض" بدون الضمير.

(٣) ساقط من (ج) و (د)، وفي (ا) و (ب): "تجري بها".

(٤) في (ج) و (د): "ولا جهله".

(٥) قوله: "على ما قلنا" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٦) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٧) في (ج) و (د): "المملّك".

(٨) "الزيوف": ساقط من (ج) و (د).

كانت ستوقة فتجوّز لايجوز إلا برضى المشتري؛ لأنه[1] ليس من جنس الدراهم، فاستيفاء الجياد بالستوق يكون مبادلة، فلايتم إلا بالتراضي.

فإن علم البائع بصفة الدراهم قبل البيع، ثم باعه لاشيء له غيرها؛ لأن أخذ الزيوف بالجياد استيفاء الناقص بالكامل، فيتم بالبائع وحده، وفي الستوقة لا يصح البيع مالم يعلما بذلك؛ لأن الستوقة[2] ليست من جنس الدراهم، بل هي من العروض، فكان أخذها معاوضة، فلايتم إلا بالتراضي، فيشترط علمها، ولايشترط علم كل واحد منهما بعلم صاحبه لتعلق العقد بالمشار إليه بخلاف الوكالة.

والفرق ما قلنا إن في الوكالة إنما[3] شرطنا العلوم الأربعة لنفي الغرور، والقدرة علي الامتثال، وذلك لايحصل إلا بالعلوم الأربعة، وهنا شرطنا علمهما لتحقيق التراضي، فإذا علما فقد تراضيا، فلايعتبر ذلك.

وعن محمد رحمه الله رجل جاء إلى قصاب بدراهم، وقال: بعني هذا العاتق بها، فأتاه الدراهم، فباعه بها، ولم يعلم بالدراهم، ثم وجدها زيوفا أو بنهرجة كان له أن يردّها، ويرجع بالجياد؛ لأن الإشارة إلى الدراهم بمنزلة التنصيص على الدراهم، فتنصرف إلى الجياد، فإذا وجدها زيوفا، والدراهم لاتتعين في البياعات، يردّها، ويرجع بالجياد، وإن وجدها ستوقة فالبيع فاسد، لأنها ليست من جنس الدراهم، والمعاوضة لاتتم بدون الرضى.

رجل دفع إلي رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فقبضها، ولم يعلم بها، فهو على

---

(١) في (ا) و (ب): "لأن الستوقة".

(٢) قوله: "لأن الستوقة" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٣) في (ج) و (د): "إما شرطنا".

وجوه: إما إن كانت زيوفا، أو بنهرجة، أوستوقة، أو كانت ناقصة عن الألف.

فإن كانت زيوفا، أو بنهرجة ولم يعلم بذلك، أوعلم أحدهما، أو علما ولم يعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه حتى اشترى المضارب جارية بألف جياد[1]، جاز شراؤه على المضارب، لأن المضاربة وكالة.

[وقد ذكرنا][2] في الوكالة أن التوكيل يتعلق بالمسمى، ولايتعلق المشار إليه إلا بالعلوم الأربعة، فكذا هنا تتعلق المضاربة بالمسمى، ويكون قبض الزيوف استيفاء لرأس المال؛ لأنه من جنس رأس المال، فتتم المضاربة.

فإذا اشترى بالجياد كان ممتثلا لرب المال، فكانت الجارية على المضاربة.

فإن دفع المقبوض إلى البائع، وتجوّز بها البائع جاز، ولايرجع المضارب بشيء على رب المال، ويكون رأس المال ما قبض المضارب؛ لأن رأس المال ما خرج عن ملكه بجهة المضاربة، فعند القسمة يأخذ رب المال مثلها برأس ماله، وما بقي ربحٌ بينهما على ما شرطا.

وإن لم يتجوّز البائع كان له أن يردها؛ لأنه دون حقه، فإن ردها، ردها المضارب على رب المال، ويرجع بالجياد كما في الوكالة، ويكون رأس ماله الجياد؛ لأنه دفع الجياد بحكم المضاربة.

هذا إذ لم يبيّن صفة الدراهم للبائع، فإن بيّن أنها زيوف، واشترى بها جارية كانت الجارية على المضاربة.

---

(١) في (ج) و (د): "بألف درهم".

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و(ب).

فرق بين هذا وبين الوكالة، لو اشترى جارية بألف درهم[1] زيوف كان مشتريا لنفسه، والفرق أن في الوكالة مقصود الموكل عين الجارية، وقد رضي بجارية تساوي ألفا جيادا، فلا يكون راضيا بجارية تساوي ألفا زيوفا.

أما في المضاربة: مقصود ربّ المال[2] الربح، لاعين الجارية، والربح حاصل، وإذا اشترى[3]، جاز شراؤه على المضاربة كان رأس المال ألفا زيوفا كما قبض، وإن هلكت الزيوف عند المضارب قبل الشراء بطلت المضاربة، كما لو هلك المال عند الوكيل قبل الشراء:

هذا إذا كانت الدراهم زيوفا أو بنهرجة، فإن كانت ستوقة، أو رصاصا، فاشترى المضارب بألف جياد، كان مشتريا لرب المال، فإن باعها، وربح كان الربح كله لرب المال، لأن المضاربة تعلقت بالمسمى لما قلنا، والمسمى ألف درهم، وقبضُ الستوقة لايصلح استيفاء لرأس المال؛ لأنها ليست من جنس الدراهم، فتفسد المضاربة؛ لأن قبض رأس المال شرط لصحة المضاربة، ولم يوجد.

وإذ فسدت المضاربة بقيت وكالة؛ لأن في المضاربة توكيلا و زيادة، فإن فسدت المضاربة لايفسد التوكيل؛ لأن قبض رأس المال ليس بشرط لصحة الوكالة، وإذا بقيت الوكالة فما اشترى يكون للآمر، وللمضارب أجر مثله، لأنه ابتغى بعلمه عوضا، وهو نصف الربح، فإذا لم يسلم له ذلك، كان له أجر مثله، كما هو الحكم في المضاربة الفاسدة.

---

(١) في (ج) و (د): "ألف زيوف".

(٢) كذا في الأصل وهو المثبت في (ا) و(ب)، وجاء في (ج) و (د): "المقصود هو الربح".

(٣) "اشترى": ساقط من (ج) و (د)، فالعبارة في تلك النسخ: "وإذا جاز شراؤه على المضاربة".

وإن لم يكن المقبوض ستوقة، ولكنها كانت خمس مائة درهم[1]، فاشترى المضارب بالألف جاريةً جاز شراؤه على رب المال، ويكون نصف الجارية[2] للمضارب، والنصف لرب المال خاصة، ويرجع علي رب المال بخمس مائة؛ لأن قبض رأس المال شرط لصحة المضاربة، وقد وجد ذلك في النصف، فتمّت المضاربة في النصف، وبطلت في النصف اعتبارا للبعض بالكل، وما بطلت المضاربة فيه بقيت وكالة، وإذا بقيت الوكالة في النصف صار[3] مشتريا لرب المال.

فإن باعها، وربح فيها، فنصف الثمن مع نصف الربح يكون لرب المال خاصة؛ لأنه بدل ملكه، والنصف الأخر يكون للمضاربة، يأخذ رب المال من ذلك رأس ماله خمس مائة، وما بقي فهو ربح بينهما، ولا أجر للمضارب فيما اشترى لرب المال ههنا؛ لأنه شريك في نصف ربح الجارية[4]، ومن عمل[5] فيما هو فيه شريك لا أجرَ له.

ولو كانا يعلمان بنقصان الدراهم، ويعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه، وكان ذلك ظاهرا غير مشكل، فالمضاربة على ما قبض من المال خاصة، حتى لو اشترى بأكثر من المقبوض جارية يكون المضارب مشتريا تلك [الزيادة][6] لنفسه؛ لأن عند اجتماع العلوم الأربعة تتعلق المضاربة والوكالة بالمشار إليه.

---

(١) "درهم": ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٢) "الجارية": ساقط من (ج) و (د).

(٣) والعبارة في (ا) و (ب): "وإذا بقيت وكالة في النصف كان مشترياً".

(٤) في (ا) و (ب): "شريك في ربح نصف الجارية".

(٥) زاد في (ا) و (ب): "من عمل لغيره".

(٦) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

وكذا لو كان المقبوض زيوفا كانت هي رأس المال لما قلنا إن عند انتفاء الغرور يتعلق العقد بالمشار إليه، فإن اشترى بها شيئا يكون للمضاربة، وما اشترى بأجود منها يكون مشتريا لنفسه لمكان الخلاف.

وإن كانت ستوقة [أو رصاصا][1]، فإن اشترى بها شيئا كان ذلك لرب المال خاصة، لأن الستوقة لاتصلح رأس مال المضاربة[2]؛ لأنها بمنزلة العروض، فما اشترى بها يكون لرب المال؛ لأنه بدل ملكه باع وكيله بإذنه[3]، وللمضارب أجر [مثل][4] عمله، لأنه عمل لغيره بعوض، فكان بمنزلة بالوكيل بالأجر، وإن اشترى بدراهم يكون مشتريا لنفسه لأن الأمر تعلق بالستوقة[5].

وإن كانت الدراهم خمس مائة، وقد سمّاها[6] ألفا، فاشترى المضارب جارية بألف كان نصفها للمضاربة، والباقي للمضارب هنا، ويكون تسمية الألف مجازا عن الترويج والترغيب، فكأنه لم يسمّ إلا خمس مائة.

ـ والله أعلم ـ

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٢) في (ا) و (ب): "رأس المال"؛ بسقوط لفظ: "المضاربة".

(٣) كذا ثبت في (ا) و (ب)، وفي (ج) و (د): "الذي باع الوكيل بإذنه".

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٥) قوله: "الوكيل بالأجر.... إلى آخره الفقرة" ساقط من (ج) و (د).

(٦) في (ا) و (ب): "وقد سلّمها".

باب من الوكالة[1] على العبد والعتق على ذلك والوكالة فيه والنكاح والخلع والبيع والإجارة

في الباب فصلان: فصل في مباشرة العقود، وفصل في التوكيل بها.

وأدار الباب على أصلين:

أحدهما: أن جهالة جنس البدل تمنع صحة التسمية في العقود كلها، وجهالة النوع والصفة تمنع في معاوضة المال بالمال، ولا تمنع في غيرها؛ لأن الجهالة لا تمنع الصحة لعينها، بل للإفضاء إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلّم.

وجهالة الجنس فاحشة تفضي إلى المنازعة في العقود كلها؛ لأن الجنس إذا اختلف يختلف المقصود؛ وفوات المقصود يفضي إلى المنازعة.

أما جهالة النوع والصفة في الجنس الواحد لا تُفضي إلى المنازعة على كل حال؛ لأن في الجنس الواحد يحصل أصل الغرض، وإنما يفوت كماله، فكانت هذه جهالة يسيرة، إلا أن معاوضة المال بالمال بُنيت على المماكسة، والاستقصاء، والمضايقة، فكان اليسير فيها بمنزلة الفاحش[2].

---

(١) في (ج) و (د): "الكتابة"، وهو خطأ.

(٢) قال الكاساني - رحمه الله -: إن الجهالة القليلة في باب الوكالة لا تفضي إلى المنازعة لأن مبنى التوكيل على الفسحة والمسافحة فالظاهر لا تجوز المنازعة فيه عند قلة الجهالة بخلاف البيع لأن مبناه على المضايقة والمماكسة لكونه معاوضة المال بالمال فالجهالة فيه وإن قلّت تفضي إلى المنازعة

أما معاوضة المال بما ليس بمال بُنيت على التوسعة، والمساهلة في البدل، فالتفاوت اليسير فيها لا يُفضي إلى المنازعة، فلا يمنع صحة التسمية.

والثاني: ما عُرف أن الغبن اليسير يتحمّل من الوكيل بالشراء، ولا يتحمل منه الفاحش عند الكل، وكذا الوكيل بالبيع عندهما، وعند أبي حنيفة رحمه الله يتحمّل منه الفاحش [أيضا][1].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل قال لعبده: كاتبتك على عبد، ولم يسم شيئا جاز.

لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه أجاز الكتابةَ على الوصفاء، ولأنه لو كاتبه على مال معلوم يصح، فلو لم يصح هذا[2] إنما لايصح لجهالة العبد، وهذا عقد بني على المساهلة[3] والإرفاق بالعبد، فجهالة النوع والصفة لا تمنع الصحة، فيصح، وينصرف إلى الوسط نظرا للجانبين، كما في الزكاة والدية [والمهر][4].

و الوسط عند أبي حنيفة: هو الذي قيمته أربعون دينارا، وعندهما: على قدر الغلاء والرخص في كل عصر، وقد ذكرنا هذا في كتاب النكاح[5]، جعل العبد جنسا واحدا في هذا النوع، وفي الوكالة جعله بين الجنس والنوع عملا بالشبَهين بقدر الإمكان.

فتوجب فساد العقد. «بدائع الصنائع»: ٦/ ٢٣.

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٢) في (ا) و (ب): "ولو لم يصح ههنا".

(٣) في (ا) و (ب): "على التوسعة".

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٥) في (ج) و (د) "العتاق".

والخلع، والنكاح، والصلح عن دم العمد، والعتق على مال في هذا بمنزلة الكتابة.

وكذا لو كاتب عبده على عشرة أثواب يهودية جاز، وينصرف إلى الوسط، ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب؛ لأن عقد الكتابة عقد إرفاق بالمكاتب، فلا يبلغ بدل الكتابة قيمته من حيث الظاهر.

وفي البيع، والإجارة، والصلح عن الخطأ، والصلح عن الدين لايجب الحيوان في الذمة لما قلنا وكذا الثوب لايجب دينا في الذمة في هذه[1] العقود إلا بشرائط السلم، سواء أضيف إليه البيع، أو جعله ثمنا[2] بإدخال حرف الباء، والمكيل والموزون إذا كان ثمنا، وبيّن وصفه يجب في الذمة، وإن لم يكن بدلا لا يجب إلا بشرائط السلم.

ولو قال لعبده: كاتبتك على دراهم فقبل، كانت الكتابة فاسدة حتى لايعتق المكاتب بهذا العقد أبدا، لأن جهالة القدر فاحشة بمنزلة جهالة الجنس، وهذه جهالة لايمكن رفعها بتحمّل الأقصى، لأن أقصى الدراهم ليس بمعلوم، فلا يفيد حكمه.

وكذا لو كاتبه على وصفا، ولم يبين العدد، أو على ثياب هروية، وكذا لو تزوج امرأة على دراهم، أو على وصفا، أو أعتق العبد[3] على ذلك، أو صالح من دم العمد على ذلك لاتصح التسمية في شيء من هذه العقود لما قلنا، ولأن فساد التسمية على هذا الوجه يبطل الكتابة، فلا يثبت حكمها، وفي النكاح يصح النكاح، ويجب مهر المثل، وفي العتق على ذلك يوعتق العبد، ويلزمه قيمته، وفي الصلح عن القصاص تجب الدية؛ لأن في الكتابة يثبت العتق عند الأداء، وقد تعذّر الأداء.

---

(١) كذا في (ا) و (ب)، وفي (ج) و (د): "فهذا العقود"، وهو خطأ.

(٢) كذا في (ا) و (ب)، وفي (ج) و (د): إن لم يكن بدلاً".

(٣) في (ا) و (ب): "أعتق عبده".

أماالنكاح كما وُجد، وا تصل الإيجاب بالقبول يفيد حكمه، وكذا العتق على مال، والصلح عن القصاص، وهذه العقود بعد وقوعها لاتحتمل الفسخ، فإذا تعذر استيفاء البدل وردّ المبدَل، يصار إلى قيمة المبدل ردّا للمبدل من حيث المعنى، كما لو اشترى عبدا بعرض فأعتق العبد المشتري، وهلك العرض قبل التسليم، فإنه يجب قيمة العبد كذلك ههنا.

فرق بين هذه العقود وبين الخلع إذا خالع امرأته على دراهم، أو على وصفا، كان عليها ثلاثة دراهم، أو ثلاثة وصفا أو ساط.

والفرق أن قضية الدليل عند تعذر استيفاء البدل إعادة المبدل، أو إعادة قيمته عند العجز عن إعادة المبدل ليكون إعادة للمبدل من حيث المعنى؛ لأن صاحب المبدل لم يرض بزوال حقه إلا بالبدل، وفي النكاح والصلح عن القصاص والعتق أمكن اعتبار هذا الأصل؛ لأن البضع حالة الدخول في ملك الزوج متقوّم، والقصاص متقوم، وهو يعرض أن يصير مالا عند عفو أحد الشريكين ونحوه.

ونفس العبد في الاعتاق متقوم؛ فأمكن إيجاب قيمة البدل أما البضع حالة الخروج عن ملك الزوج غير متقوم[1]، فكما تعذر إيجاب المسمى بكماله تعذر إيجاب قيمة المبدل، وهو البضع، فيجب عليها أدنى الجمع؛ لأنه متيقّن رعايةً لحق الزوج بقدر الإمكان، وصار التزام الدراهم في الخلع بمنزلة التزامها بالإقرار، ولو أقر رجل[2] على نفسه بدراهم، ولم يبين شيئا يلزمه ثلاثة دراهم كذلك ههنا.

(١) في (ا) و (ب): "ليس بمتقوم".

(٢) "رجل" ساقط من، وثبت في (ا) و (ب).

ثم استشهد محمد[1] رحمه الله تعالى لبيان أن البضع حالة الدخول في ملك الزوج متقوم، وحالة الخروج عن ملكه غير متقوم بمسائل:

منها: أن المريض إذا تزوج امرأة بمقدار مهر المثل يعتبر من جميع ماله؛ لأنه قابَل المتقوّم بالمتقوم.

والأب إذا زوّج ابنَه الصغير امرأةً بمقدار مهر مثلها[2] يصح، ويعتبر معاوضة.

والمريض إذا صالح عن قصاصٍ عليه، على الدية، يعتبر من جميع المال.

والمريضة إذا اختلعت من زوجها بمال يعتبر من الثلث بمنزلة الوصية.

والأب إذا خالع ابنته الصغيرة من زوجها على مالها لايصح، و يصير تبرعا.

الفصل الثاني: فصّل التوكيل:

وإنه على وجهين: إما أن وكله بمعاوضة المال بما ليس بمال، أو بمعاوضة المال بالمال.

فإن وكّله بإن يكاتب عبده على ثوب هرويّ، أو على عبد، أو كرّحنطة جاز، وينصرف إلى الوسط، كما لوباشر الموكل بنفسه، ثم الوكيل إن سمّى في الكتابة عبداً بغير عينه جاز، وينصرف إلى الوسط لما قلنا.

وإن كاتبه على عبد بعينه، فإن كان وسطاً أو مرتفعاً جاز؛ لأنه وافقه أو خالفه إلى خير، وإن كان دون الوسط لايجوز؛ لأنّ المذكور لما انصرف إلى الوسَط صار كأنه نصّ علي الوسَط، ولو نصّ على الوسط فكاتبه على ما دون الوسط لايجوز؛ لأنه خلاف إلى شر، كذلك ههنا.

---

(١) "محمد" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) في (ا) و (ب): "بمقدار مهر المثل".

وكذا لو وكّله بالصلح عن القصاص على عبد جاز، وينصرف إلى الوسط لما قلنا، وكذا لو وكّله بالنكاح أو بالخلع فسمي الوكيل عبداً بغير عينه جاز، وينصرف إلى الوسط، ولو صالح على عبد[1] بعينه فهو على ماقلنا.

قالوا هذا إذا كان وكيل الطالب، أما إذا كان وكيل المطلوب فسمّى الوكيل عبداً بعينه لموكّله لايجوز؛ لأن فيه زيادة ضرر بالموكل، والصحيح أنهما سوآء لإطلاق اللفظ.

وإن وكّل بشيء من هذه العقود على دراهم هذه[2]، أو على وصفا، أو على ثياب هروية إن ذكَر القدرَ والعددَ جاز، وينصرف إلى ذلك القدر، والعدد لايتناول مادونه، وإن لم يذكر الموكّل عدد الوصفاء والثياب وقدر الدراهم صحّ التوكيل أيضاً، فإنه لو وكل بالبيع، ولم يسم البدل جاز، فهذا أولى.

وإذا صح التوكيل، فإن كاتبه الوكيل على وصفا أو على الدراهم أو على الثياب ولم يسم العدد لايجوز، كما لو باشر الموكل بنفسه.

وإن سمّى الوكيل عدداً دون الثلاثة لايجوز أيضاً؛ لأنه ذكر الجمع فلا بدّ من أعتباره، وإن سمّى الثلاث فمافوقها، في الكتابة والعتق يجعل قيمة عبد الموكل أصلاً ومعياراً، وفي النكاح مهر المثل، وفي الصلح عن القصاص الدية، وفي الخلع ماساق إليها من الصداق يجعل أصلاً [ومعياراً][3] ومبدلاً.

ثم ينظر إلى ما سمّى الوكيل في عقده: إن كان ذلك مثل قيمة المبدل، أو فوقها، أو أقلّ منها قدرما يتغابن الناس فيه يجوز، وإلاّ فلا؛ لأنّ ذكر الدارهم والوصفا والثياب في

(١) في (ا) و (ب) و (ج) و (د): "ولو تسمّى عبداً".

(٢) "هذه": ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

التوكيل كان لبيان جنس مايقع به التوكيل، لا لبيان القدر، فصار في حق القدر كأنه وكله بالعقد، ولم يسمّ البدل فيه، [ولو وكّله بالعقد ولم يسمّ البدل][1] يجعل قيمة عبد الموكل في الكتابة، والعتق، ومهر المثل في النكاح، والدية في الصلح عن دم القصاص[2]، وقيمة ماساق إليها من الصداق في الخلع معياراً على الوجه الذي ذكرنا، فلايملك الغبن الفاحش [كذلك ههنا][3].

ونصّ في الكتاب أن على قول أبي حنيفة رحمه الله يتحمل [الغبن][4] الفاحش من الوكيل بالخلع من قِبل الزوج، كما يتحمل من الوكيل بالبيع.

فرق بين عقد الوكيل، وبين عقد الموكل إذا خالع الموكل امرأته على دراهم يلزمها ثلاثة دراهم، وفي خلع الوكيل لاينصرف إلى ثلاثة دراهم.

ووجه ذلك أن الزوج يتصرف بحكم الملك، وهو يملك الأقل والأكثر، فينصرف عقده إلى الأقل؛ لأنه متيقن، أما الوكيل يتصرف بحكم الأمر فلايملك إلاّ ماتناوله الأمر، وإنه مجهول، إن كان[5] تناول الأكثر لايملك الأقل، وإن كان[6] تناول الأقل يملك الأكثر؛ لأنه خلاف إلى خير، فيجعل ذكر الدراهم في التوكيل لبيان جنس مايقع به التوكيل لا لبيان القدر، ويجعل في حق القدر كأنه وكل بالخلع ولم يسمّ شيئاً فكان حكمه

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ج).

(٢) في (ج) و (د): "عن دم العمد".

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من النسخ الأخرى.

(٥) "إن كان" ساقط من الأصل، وثبت في (ا) و (ب)، و (ج) و (د).

(٦) "إن كان" ساقط من الأصل، وثبت في (ا) و (ب)، و(ج) و (د).

ماقلنا.

ولو وكّل رجلاً بأن يخلع امرأته على عبد بعينه، يريد على عبد يُعيّنه الوكيل، أو على عبد يعيّنه الموكل، أو وكله بالكتابة، أو بالصلح عن دم العمد على ذلك، ليس للوكيل أن يخلع على عبد بغير عينه: لأنه قيّد بالعين، والتقييد مفيد؛ لأن العين خير من الدينً.

فإن خلعها على عبد بعينه، فإن كانت قيمة العبد مثل المهر الذي تزوجها عليه، أو أقلّ منه قدرما يتغابن الناس فيه جاز، وإلاّ فلا.

قالو: هذا على قولهما[1]، أما على قول أبي حنيفة رحمة الله يجوز كيف ماكان؛ لما عُرف من مذهبه في الوكيل بالبيع.

فرق على قولهما بين هذا وبين ما إذا وكله بالكتابة على عبد كاتبَه الوكيل على عبد بغير عينه، ينصرف إلى الوسط، قيّده بالوسط، وههنا لم يقيده بالوسط، لكنه قال: إن كانت قيمة العبد الذي جعل بدلاً مثل قيمة عبدالموكل، أو أقل منه قدرما يتغابن الناس فيه يجوز وإلاّ فلا.

ووجه ذلك أن الغائب يختلف باختلاف الوصف، فينصرف إلى الوسط؛ لأنه اعدل، أما العين لايختلف باختلاف الوصف فلايمكن اعتبار الوساطة فيه، فيعتبر قيمة المعقود عليه.

والوجه الثاني من هذا الفصل:

إذا وكّله بمعاوضة المال بالمال بإن وكله بالصلح عن الخطأ على عبد، أو بالصلح عن دين له على رجل بعبد جازت الوكالة؛ لأنه وكله بشرآء العبد بثمن مسمّى، وهو الدية أو

---

(١) في (ا) و(ب): "هذا قولها".

الدين فيصح، كما لو وكّله بالشراء حقيقة وبيّن الثمن.

وإذا صحّ التوكيل، فإن صالح الوكيل على عبد بغير عينه لايجوز؛ لأنّ الموكل لو باشر العقد على هذا الوجه كان فاسداً؛ لما عرف أن الحيوان لايجب ديناً في الذمّة بدلاً عن ماهو مال. فكذا إذا فعل الوكيل، ولو صالح على عبد بعينه جاز كما لو صالح الموكل، إلا أن عقد الموكل يصح، قلّت قيمة العبد أو كثرت؛ لأنه يتصرف بحكم الملك.

وفي صلح الوكيل بنظر: إن كانت قيمة العبد مثل الدية أو الدين أو أقل من ذلك قدر ما يتغابن الناس فيه يجوز، وإلاّ فلا؛ لأنه وكيل بالشراء.

وكذا لو دفع عبداً إلى رجل، وقال: بع عبدي هذا بعبد، أو قال: اشتر لي به عبداً، فاشترى به عبداً بغير عينه لايجوز لما قلنا، وإن اشترى عبداً بعينه، إن كانت قيمة المشترى مثل قيمة عبد الموكل أو أقل منه قدر ما يتغابن الناس فيه يجوز، وإلاّ فلا.

قيل: هذا قولهما؛ لأن عندهما لايتحمل الغبن الفاحش من الوكيل سواء كان وكيلاً بالبيع أو بالشراء، أما على قول أبي حنيفة يتحمل منه [الغبن][1] الفاحش كما يتحمل من الوكيل بالبيع.

وقال بعضهم: إن كان الموكل قال: "بع عبدي هذا[2] بعبد" يتحمل منه الفاحش عنده، وإن قال: "اشتر لي عبداً بهذا العبد" لايتحمل منه الفاحش، ويعتبر وكيلاً بالشراء، وقال بعضهم: لايتحمل الفاحش في مسألتنا.

والمذكور في الكتاب قول الكل، وهو الصحيح؛ لأنه وكله بالمقايضة، وكل واحد

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) "هذا": ساقط من (ج) و (د).

من العاقدين في بيع المقايضة يعتبر مشترياً مال صاحبه، ولهذا لو تبايعا داراً بدار، كان لكل واحد منهما الشفعة فيما اشترى، وإنما يتحمل الفاحش من الوكيل في قول[1] أبي حنيفة إذا باعه بالدراهم أو بالدنانير؛ لأنه بيع من كل وجه.

وإن باعه بعشرة أثواب هروية فكذلك، سوآء كانت الأثواب بعينها أو بغير عينها، أما إذا كانت بعينها فلما قلنا في البيع بعبد، وأما إذا كانت بغير عينها فلان الثياب لاتثبت في الذمة بدلاً عن المال إلاّ سلَما. ولهذا يراعى فيها شرائط السّلم من الأجل ونحوه، فكان مبيعاً.

فإن باع بمكيل أو موزون بعينه فكذلك، وإن باعه بمكيل أو موزون بغير عينه اختلفوا فيه على قول أبي حنيفة، قال بعضهم: يتحمل الغبن[2] الفاحش، وقال بعضهم: لايتحمل.

والإجارة فيما ذكرنا بمنزلة البيع؛ لأن المنافع التحقت [بالأعيان][3] والأموال، ولهذا تصلح صداقاً، فلايثبت الحيوان بدلاً عنها في الذمة، ويعتبر أجر المثل، ولايتحمل الغبن الفاحش، وقيل: على قول أبي حنيفة يتحمل.

(١) في (ج) و (د): "عند أبي حنيفة".

(٢) "الغبن": ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

باب المضاربة تنفسخ بالفدى والثمن ولاتنفسخ بالنفقة والجعل

في الباب فصول أربعة: الجناية، والشراء، والنفقة، والجُعل[1].

وبنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن المضارب لايبقى مضاربا فيما ضمن لوجهين:

أحدهما: أن المضاربة أمانة، فإذا صار ضميناً لايبقي أميناً لمكان التنافي.

والثاني: أن "المضارب" من يستحق الأجر بعمله لا بالمال، وإذا ضمن ملك المضمونَ بالضمان لا بالعمل، فتبطل المضاربة ضرورة، ويكون المضمون له خاصة، ورب المال إذا ضمن إن ضمن ضماناً هو من التجارة كضمان الثمن ونحوه لاتبطل المضاربة، وإن ضمن بما ليس من التجارة والشراء كضمان الجناية تبطل المضاربة؛ لأن المضاربة تجارة، فضمان التجارة يكون ملائما لها، أما الجناية ليست بتجارة، فضمانها لايكون ملائماً للتجارة.

وحقيقة الفقه في ذلك أن ضمان التجارة لايخرج المضمون من أن يكون ملكاً لرب المال بعقد المضاربة، فلايخرجه من المضاربة، أما ضمان الجناية يجعل المضمون ملكاً له

---

(١) "الجُعل": عرّفه الجرجاني بأنه ما يجعل للعامل على عمله. «فالجعل هو الأجر الذي يأخذه الإنسان على فعل الشيء، وما يعطاه المجاهد ليستعين به على جهاده»، وبمعناه الجعالة. انظر التعريفات» ص ١٠٤، «التعريفات الفقهية» لمفتي عميم الإحسان ص ٢٥٠.

بضمان الجناية معنى، فيخرجه من أن يكون مستفاداً بعقد المضاربة ضرورة.

والثاني: أن مؤنة الملك تدور مع الملك.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل دفع إلى رجل ألفاً مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب بها عبدا يساوي ألفي درهم، فقتل العبد رجلاً خطأ لم يدفع العبد بالجناية حتى يحضر المضارب وربّ المال؛ لأن نصف الربح للمضارب، فكان العبد مشتركاً بينهما، ربعه للمضارب، والباقي لرب المال، فلاينفرد أحدهما بالدفع.

ولايقال: بأن ولاية التصرف في مال المضاربة للمضارب، فينبغي أن ينفرد بالدفع، كالعبد المأذون له إذا جنى عبدٌ من اكسابه جناية، كان له أن يدفعه بالجناية.

لأنا نقول: المضارب يتصرف بحكم النيابة والأمر، ولهذا يرجع بالعهدة على رب المال، فلايتصرف إلاّ بما فوض إليه، وأنه فوّض إليه التجارة، والدفع ليس بتجارة؛ لأن المقصود من التجارة الاسترباح، والدفع إتواء، فلايملكه المضارب.

أما العبد المأذون يتصرف بحكم الاصالة، والتحق بالأحرار في التصرفات المالية سوى التبرّع، ألا ترى أن المأذون[1] يملك الفدىَ من كسبه، والمضارب لايملك الفدى من مال المضاربة.

فإن حضرا ودفعاه بالجناية بطلت المضاربة لهلاك رأس المال لا إلى خلف، فإن اختار الفدى[2] كان الفدى عليهما أرباعاً، الربع على المضارب، والباقي على ربّ المال؛ لأن الفدى مؤنة الملك، والعبد بينهما أرباعا، فكذلك الفدى كالزكاة، ويخرج العبد عن

(١) قوله: "أن المأذون" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٢) كذا في الأصل، وفي (ا) و (ب). وجاء في (ج) و (د): "وإن فدياه كان الفدى".

المضاربة حتى لايكون للمضارب أن يبيع نصيب ربّ المال إلاّ بإذن مستأنف[١]، لأن العبد كان مستحقا بالجناية لايسلم لهما الا بالفدى، فإذا فدياه فإنما يسلم لكل واحد منهما نصيبه بالفدى، وضمان الفدى ليس من المضاربة، ولهذا لا يكون للمضارب أن يفدي من مال المضاربة، فصار كل واحد منهما مشتريا متملكا بالفدى، فلا يكون للمضاربة.

فإن قال أحدهما: أنا أدفع نصيبي، وقال الآخر: أنا أفدي[٢] نصيبي، كان لكل واحد منهما ما شاء؛ لأن كل واحد منهما متصرف في ملك نفسه كما في العبد المشترك.

وإن اشترى المضارب بمال المضاربة عبدا يساوي الفا، فجنى جناية كان خطاب الدفع والفدى على رب المال خاصةً، لأنه إذا لم يكن في المال ربح كان كل العبد له، وأيّا ما كان اختار يخرج العبد عن المضاربة لما قلنا.

الفصل الثاني في الشراء:

لوتصرف المضارب في مال المضاربة حتى بلغ ألفي درهم، واشترى بها عبداً، ولم ينقد الثمن حتى هلك المضاربة[٣]، كان للبائع أن يحبس العبد لاستيفاء الثمن، ويكون الثمن على رب المال والمضارب أرباعاً؛ لأن مال المضاربة إذا بلغ ألفي درهم ملك المضارب نصفَ الربح خمس مائة، ولرب المال ألف وخمس مائة.

فإذا اشترى بالمال المشترك عبداً يثبت لهما ملك العبد أرباعاً، فيكون الثمن عليهما بقدر ملكهما، ينقد المضارب من نفسه خمس مائة، يرجع على رب المال بألف وخمس مائة؛ لأنه اشترى له ثلاثة ارباع العبد بأمره وتوكيله.

---

(١) في (ج) و (د): "جديد"، والمثبت من الأصل ومن (ا) و (ب).

(٢) كذا في (ا) و (ب)، (ج) و (د)، وفي الأصل: "أنا أدفع".

(٣) في (ج) و (د): "هلك المال".

فإذا هلك المال المدفوع إليه يرجع على رب المال بثمن ما اشترى له، كما يرجع الوكيل بالشراء على الموكل إذا هلك الثمن، ويخرج ربع العبد عن المضاربة؛ لأن المضارب استحق ربع العبد بالضمان، فيخرج ذلك عن المضاربة، ويبقى ثلاثة أرباع العبد للمضاربة؛ لأن ربّ المال ملك ثلاثة أرباع العبد بشرآء المضارب وتجارته، وضمان الثمن لايُبطل المضاربة بل يقرّرها.

ألاترى أنه لوكان في يد المضارب مال آخر من المضاربة، كان له أن ينقد ثلاثة أرباع الثمن من ذلك المال[1]، بخلاف الفدى؛ لأن ضمان الفدى لايوجبه شراء المضارب وتجارته، فلم يكن ذلك من أحكام المضاربة، ويكون رأس ماله ألفين وخمس مائة؛ لأن ربّ المال دَفَع[2] مرةً ألفاً، ومرةً ألفاً وخمس مائة بحكم المضاربة، فيكون رأس ماله الفين وخمس مائة.

فإن بيع بعد ذلك، يكون رُبع الثمن للمضارب خاصة؛ لأنه بدل ملكه، يبقى ثلاثة أرباع الثمن، يدفع ربّ المال من ذلك ألفين وخمس مائة، فإن فضل شيء يكون بينهما؛ لأنه ربح فيكون على ماشرَطا.

ولو اشترى بألف المضاربة عبداً يساوي ألفاً، فجنى جنايةً، ففداه المولى، يخرج عن المضاربة؛ لأنه استحقّه بضمان الفدى، وضمان الفدى ليس من التجارة، وإنّ فداه المضارب من ماله كان متطوعاً لأنه أمين بمنزلة المودع.

---

(١) "المال" ساقط من (ج) و (د).

(٢) قوله: "لأن رب المال دفع". ساقط من من الأصل، وجاء في (ج) و (د): "لأنه دفع ربّ المال" وما أثبت من (ا) و (ب) أصح.

ولو اشترى بألف المضاربة[1] عبداً يساوي ألفاً فهلك مال المضاربة في يد المضارب، يرجع المضارب على ربّ المال بجميع الثمن؛ لأنه ليس في قيمته فضل على رأس المال، فيكون كل العبد لربّ المال فكان الثمن عليه، ويصير رأس ماله ألفي درهم لما قلنا.

الفصل الثالث: فصل النفقة:

رجل دفع مضاربةً ألفاً بالنصف، فاشترى المضارب بها جاريةً تساوي ألفي درهم، واحتاجت إلى النفقة، فإن نفقتها تكون على ربّ المال خاصة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنها تكون عليهما أرباعاً بقدر الملك اعتباراً بالثمن والفدى.

وجه ظاهر الرواية أن ملك المضارب في الربح قبل القسمة متردّد غير مستقرّ، ألا ترى أنه لو انتقصت قيمتها فصارت ألفاً كانت الجارية كلها لربّ المال، فلو وجبنا عليه النفقه لأوجبنا عليه النفقةَ لمال الغير، وهو ممتنع.

أما ملك ربّ المال متقرّر، وهو أصل، وملك المضارب تَبع؛ لأن الربح تَبع لرأس المال، ولهذا لو هلك شيء من المال يصرف إلى الربح، بخلاف ضمان الفدى؛ لأن الفدى وضمان الثمن يخرج نصيبه عن المضاربة، فكان بمنزلة القسمة، أما النفقة لاتقرر الملك؛ لأنها لاتجب بدلاً عن الرقبة، ولاتقابل الملك، بل تقابل المنفعة، ولهذا تجب النفقة على المستعير.

ولو كان العبد موصى بخدمته لرجل، وبرقبته لآخر كانت النفقة على صاحب الخدمة، ولأن لربّ المال أصل مال، فلو أوجبنا النفقة عليه تلتحق برأس ماله؛ لأنها من توابع التجارة، ولهذا تلتحق بالثمن في بيع المرابحة، فلو أوجبنا عليه النفقة لايكون غرماً

(١) قوله: "بألف المضاربة". ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

محضاً، أما المضارب ليس له أصل تلتحق النفقة به، فلو وجبت عليه النفقة كان غُرما محضا.

الفصل الرابع: فصل الجُعْل[1]:

وهو بمنزلة النفقة، حتى أن عبد المضاربة إذا أبق، وفيه ربح، فردّه رجلٌ من مسيرة سفر، كان الجعل على ربّ المال خاصة؛ لأن الجعل لايقابل الرقبة، فإن رادّ الآبق لايستحق الرقبة بحالٍ ما، فكان بمنزلة النفقة، بخلاف الفدى لأن وليّ الجناية يستحق الذات.

ـ والله أعلم ـ[2]

(١) "الجُعل": ما يجعل للعامل على عمله. «التعريفات» للجرجاني ص ١٠٤.

(٢) إلى هنا انتهى المجلد الأول من الكتاب في معظم النسخ، ووردت العبارة التالية في النسخة المعتمدة عليها التي نسخت من نسخة المصنف رحمه الله:

«تمّ كتاب الوكالة، وبه يتمّ الدفتر الأول من الكتاب، ويتلوه كتاب الشهادات، وهو رأس الدفتر الثاني. اتفق الفراغ من إتمامه على يدي العبد العاصي الراجي فضل ربه وغفرانه عبد الكريم بن دهقان بن عمر الخوارزمي المعروف بالحلبي، عشية يوم الأربعاء السابع والعشرين من ذي الحجة، سنة إحدى وسبعين وخمس مائة، بكورة بخارى، من أصل المصنف رحمة الله عليه».

الوجه الثاني من اللوحة ٢٨٥.

وجاء في نسخة (ا): تمّ المجلد الأول من كتاب الزيادات بحمد الله تعالى وعونه، ونسأل الله العون والتمام.

كتاب الشهادات[1]

باب من الوارث الذي يقضي له القاضي ولايعلم سببه ولاما يشهد[2] به الشهود

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن جهالة المشهود به تمنع[3] صحة الشهادة[4] ؛ لأن المقصود من الشهادة القضاء، والقضاء[5] إلزام، وإلزام المجهول لايتحقق[6].

والثاني: أن القاضي لايقضي بدليل فيه شبهة[7]، ولاينقض قضاؤه بدليل فيه

---

(١) من هنا يبدأ المجلد الثاني في معظم النسخ، وجاء في (ا) و (ب): بسم الله الرحمن الرحيم، ربّ يسّر وسهّل بالتمام.

(٢) في (ا) : "وما يشهد به".

(٣) في (ا) و (ب): "يمنع" وهو خطاء.

(٤) انظر «الهداية» و«فتح القدير» ٧/ ٣٦٢ و ٣٦٩.

(٥) في (ج) و (د): "وإنه إلزام"، وما ثبت من (ا) و (ب).

(٦) راجع: «المبسوط» ١٦/ ٩٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٧.

(٧) انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ١٤.

شبهة[١]؛ لماعرف أن الثابت لايبطل بالشك، وغير الثابت لايثبت بالشك.

وفي الباب فصلان: أحدهما في القضاء[٢]، والثاني في افضاء القضاء[٣].

أما الأول: قال محمد رحمه الله: رجلان شهدا أن هذا الرجل وارث فلان الميت، لاوارث له غيره، ثم ماتا، أو غابا قبل أن يسألهما القاضي عن السبب، لاتُقبل شهادتهما[٤]؛ لأنهما شهدا بالوراثة، وأسباب الوراثة كثيرة، وأحكامها مختلفة اختلافا فاحشا، فمنهم مَن هو حاجب لغيره، ومنهم من هو محجوب، فكان المشهود به مجهولا، وجهالة المشهود به تمنع القضاء[٥].

يوضحه أنه لوقضى له القاضي[٦]، ثم جاء آخر، وادّعى أنه ابن الميّت أو أبوه أو زوجها أو زوجته، لايدري بماذا يقضي[٧]، بخلاف ما لوشهدوا بملك عَين أو دَين مطلق

---

(١) ذكره العلامة ابن نجيم نقلا عن شهادة «الظهيرية» بقوله: "القضاء محمول على الصحة ما أمكن، ولاينتقض بالشك". «الأشباه والنظائر» ص ٢٦٢.

(٢) في (ا) و (ب): "ابتداء القضاء".

(٣) في (ج) و (د): "الامضاء"، والمثبت من الأصل و من (ا) و (ب).

(٤) انظر: «فتح القدير» ٧/ ٤٢٩، «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٨٤، ٣٨٥، «الفتاوى البزازية» بهامش «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٩٤.

(٥) «فتح القدير» ٧/ ٣٦٢ و ٣٦٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٧.

(٦) جاء في (ا) و (ب): "أن القاضي لو قضي له".

(٧) قال ابن الهمام: يحتاط القاضي، وينتظر مدة، هل له وارث آخر ثم يقضي بكله. «فتح القدير» ٧/ ٤٢٩، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٨٤، ٣٨٥.

حيث يقبل؛ لأن المشهود به ملك العين وملك الدين، وذلك معلوم، أما الشهادة بالوراثة شهادة بسبب مجهول، فلا تقبل[١].

وكذا لوشهدوا أنه مولاه، ووارثه، لانعلم له[٢] وارثا غيره، لاتقبل[٣]؛ لأن اسم "المولى" مشترك يتناول الناصرَ، و[مولى للعتاقة][٤] الأعلى والأسفل، ومن الناس من يورث الأسفل، ويتناول مولى الموالاة، ألاترى أنه لوجاء اخر، وادّعى مثل ذلك، لايدري القاضي بماذا يقضي، فلا بد من البيان.

فإن شهدوا أنه مولاه أعتقه، وهو وارثه لانعلم له وارثا غيره، قُبلت[٥] لزوال الاشتباه[٦]، وقولهم "لانعلم له وارثا غيره"؛ لإسقاط التلوّم عن القاضي، لا مِن نفس الشهادة؛ لأنه نفي.

ولو شهدوا أنه أخوه، ووارثه، لاتقبل شهادتهم[٧] حتى يقولوا "أخوه لأبيه وأمه"، أو "لأبيه أو أمه"؛ لأن الأخ قد يكون من الرضاع، وقديكون من حيث الدّين، وقد يكون

---

(١) راجع شروط السبب في الإرث في «ردّ المحتار» ٤/ ٤٣٥.

(٢) في (ج) و (د): "لايعلم له"، وهو خطأ، كما سيأتي في الفقرة التالية.

(٣) راجع «الفتاوى البزازية» ٥/ ٢٩٤.

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب)، وثبوته أصح.

(٥) في (ا) و (ب): "قبل القاضي شهادتهم".

(٦) انظر «الفتاوى البزازية» ٥/ ٢٦٤ ايضا «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٨٤-٣٨٥.

(٧) "شهادتهم" ساقط من (ج) و (د).

من حيث النسب[1]، والأخ من النسب مجهول. فمنهم من يكون عصبة، ومنهم من يكون صاحب فرض، فلا بد من البيان[2].

ولو شهدوا أنه عمه أو ابن عمه، لا بدّ أن ينسبوا الميّت والوارث[3] حتى يلتقيا إلى أب واحد، ثم يبيّنوا أنه عمّه لأبيه وأمه، أو لأبيه، وأنه وارثه، لاوارث له غيره.

ولو شهدوا أنه أبوه أو ابنه، أو شهدوا أنها أم الميّت، أو ابنته، لايعلمون له وارثا غيرها، جازت هذه الشهادة[4]؛ لأن الأبوّة والبنوّة معلومة لاتختلف، ولم يذكر في الكتاب في هذا الفصل "وهو وارثه"، وهذه الزيادة يشترط ذكرها فيمن يحجب بغيره بالاتّفاق.

وهل يشترط ذكرها لقبول الشهادة فيمن لايحجب بغيره، كالأب والابن ونحوهما؟ اختلفوا[5]، قال بعضهم: يشترط؛ لأن الأب والابن قد يكون من النسب، وقد يكون من الرضاع، فلا بد أن يقولوا "ووارثه" حتى يزول الاشتباه، كما في الأخ ونحوه[6].

ومنهم من أبى اشتراط هذه الزيادة فيمن لايحجب، وهو المختار؛ لأن الأب والابن من الرضاع، لايذكر أباً وابناً مطلقاً، وإنما يذكر مقيّدا بقيد الرضاع، فلايشترط أن يقولوا:

---

(١) "حيث" سقط في (ا) و (ب).

(٢) راجع «الفتاوى البزازية» على هامش «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٩٤.

(٣) المرجع السابق.

(٤) راجع «الفتاوى البزازية» على «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٩٤.

(٥) راجع للتفصيل «فتح القدير» ٧/ ٤٢٩. «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٨٦

(٦) "نحوه" ساقط من (ج) و (د).

"وارثه"[1]، ولو ذكروا كان أحوط، وأبعد عن الخلاف[2].

ولو شهدوا أنه ابنه، أو بنت ابنه[3]، أوجده أبو أبيه، أو جدته أم أمه، [أو أم أبيه][4] يشترط أن يقولوا: "وارثه"؛ لأن هؤلاء يحجبون بغيرهم[5].

وإن شهدوا أنه جدّه أبوأبيه، ووارثه لاوارث له غيره، أو شهدوا أنه أخوه لأبيه وأمه، ووارثه لاوارث له غيره، جازت الشهادة، ولايشترط في شيئ من هذا ذكر الأسماء إذا قالوا: "لأبيه وأمه أو جدّه أبوأبيه ووارثه لاوارث له غيره"[6]، كفي ذلك، وإن لم يذكروا أسماؤهم، جازت الشهادة[7]؛ لحصول الإعلام بدون الاسم[8].

فإن قضى القاضي أنه جدّ الميت أبو أبيه، ووارثه، ثم جاء آخر، وأقام البينة أنه

(١) في (ا) و (ب): "ووارثه".

(٢) قال «الفتاوى الهندية» المسألة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة اما اذا ثبت الدين والارث بالا قرار فيؤخذ، لكفيل، لاتفاق ٣/ ٣٢٧.

(٣) قوله: "أو بنت ابنه" ساقط من (ا) و (ب) و(ج).

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب)، وثبوته أولى.

(٥) راجع «فتح القدير» ٧/ ٤٢٩.

(٦) سقطت عبارة طويلة في (ج) و (د) من قوله: "أو شهدوا أنه أخوه" إلى قوله: "لاوارث له غيره"، وثبتت في (ا) و (ب).

(٧) قوله: "جازت الشهادة" ساقط من (ا) و (ب).

(٨) انظر «الفتاوى البزازية» ٥/ ٢٩٤.

أبوالميت، يقضي القاضي ببينته[1]؛ لأنه يجوز أن يكون الأول جداً، والثاني أباه، ويجعل الميراث للثاني، ويبطل قضاؤه بالميراث للأول؛ لأن الجد يحجب بالأب.

فإن قال الأب الذي أقام البينة أنه جد الميت[2]: "ليس بأب لي، فمُرْهُ حتى يعيد البيّنة علي"[3]، فإن القاضي لايجيبه، ولايكلّف الأول إعادة البينة؛ لأن الأول أقام البينة على خصمٍ، فنفَذ قضاء القاضي ببينته، إلا أنه انتقض ذلك القضاء في حق الميراث، فلا يبطل القضاء بالنسب.

وكذا لو كان مكان الجد أخ، فقضى القاضي له بالأخوة والميراث، ثم جاء آخر، وادعى أنه ابن الميت، وأقام البينة، قُبلت بينته[4]، وبطل القضاء الأول بالميراث، ولايبطل القضاء بالأخوة؛ لأن القاضي قضى بأخوة الأول[5] بشهادة العدل على خصمٍ حاضرٍ بشرطها، وهو دعوى الميراث، فلا يبطل ذلك، وإن بطل القضاء بالميراث، ليكون الانتقاض بقدر الناقض.

---

(١) في (ج) و (د): "قضى ببينة".

(٢) قوله: "الذي اقام البينة أنه جد الميت" ساقط من (ج) و (د)، وفيه: "قال الأب أن الأول ليس..

(٣) في (ج) و (د): "البينة عليه"، وهو خطأ.

(٤) انظر «الفتاوى البزازية» على هاش «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٦٤.

(٥) في (ا) و (ب): "قضى بالأخوة للأول".

ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في هذه الفصول[١] لأن النسب يحتاط في إثباته فجاز إثباته[٢] بكتاب القاضي، إلا أن القاضي المكتوب إليه يَنظر في الكتاب[٣]، فإن كانت الشهادة المكتوبة في الكتاب على صفة لو شهدوا بين يديه لاتقبل، لاينفذ الكتاب[٤]؛ لأن القاضي الكاتب ينقل بكتابه عبارةَ الشهود إلى مجلس القاضي المكتوب إليه، فيعمل القاضي المكتوب إليه[٥] بتلك الشهادة، مايعمل بالشهادة القائمة بين يديه.

الفصل الثاني :

رجل مات، فأقام رجل البينةَ أنه وارثه، وأن قاضي بلد كذا فلان ابن فلان قضى بأنه وارثه، لاوارث له غيره[٦]، وقالوا: ما شهدنا على قضائه[٧]، ولاندري بأيّ سبب قضى بورّاثته، فإن القاضي يسأل المدّعي عن السبب الذي قضى به.

وهذا السؤال ليس بشرط لتنفيذ ذلك القضاء، فإنه لو لم يسأل، ينفذ القضاء

(١) راجع «فتح القدير» ٧/ ٢٦٩ وراجع ايضا ٧/ ٤٣٧ . وتقبل الشهادة في النسب وكتاب القاضي الى القاضي.

(٢) قوله: فجاز إثباته" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ا) و (ب): "ينظر في ذلك".

(٤) في (ا) و (ب): "لا يقبل الكتاب".

(٥) قوله: "فيعمل القاضي المكتوب إليه" ساقط من (ج) و (د)، وثبوته أولى.

(٦) راجع «الفتاوى البزازية» على هامش «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٩٤.

(٧) «بدائع الصنائع» ٧/ ٦ . «فتح القدير» ٧/ ٤٢٧ .

أيضاً[1]؛ لأن قضاء القاضي محمول على الصحة ؛ وإنما يسأل صيانةً لقضائه، ونظراً لمن يجيء بعده[2]، حتى لو جاء آخر، وادعى أنه وارث، يعرف القاضي أنه حاجب للأول، أو محجوب به.

فإن أخبره بسبب يكون وارثاً من أخوّة، أو عمومة، أو ولاء عتاقة، أو ولاء[3] موالاة، قضي القاضي له بالميراث، ولايقضي بالسبب الذي ذكر ؛ لأنه لم يوجد على السبب إلا مجرّد الدعوى، لكن لما احتمل أن القاضي الأول قضى بذلك، أنفذ الثاني قضاء الأول، ولايبطله حتى يستيقن بفساده.

فلو أن هذا القاضي قضى له بالميراث، وأمضى قضاء الأول، ثم جاء آخر[4]، وأقام البينة على سبب أقوى من الأول، بأن ذكر الأول أنه جدّ الميت أبو أبيه، ثم جاء آخر، وأقام البينة أنه أبو الميت، قضى القاضي بالميراث للثاني ؛ لأن المدعي الأول لما بيّن السبب، فقد أقرّ أنه محجوب بمن كان قبله، فيؤاخذ بإقراره.

وإن ذكر الثاني سبباً أبعد من الأول، لايقضي للثاني[5]؛ لاحتمال أن القاضي الأول قضى للأول بالسبب الذي ذكره، وصيانة القضاء واجب، فلايجوز إبطاله مالم يستيقن

---

(١) "أيضا" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) لأن القضاء النافذ لايجوز إبطاله بطريق المعارضة، راجع للتفصيل «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٨٦-٣٨٧.

(٣) "ولاء" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) كذا في (ا) و (ب) و(ج) و (د) وفي الأصل: "جاء آخر".

(٥) والتفصيل في «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٨٧.

بفساده.

وإن ذكر الثاني سبباً يزاحم الأول[١]، بأن كان الأول ذكر أنه ابن الميت، ثم جاء الثاني، وأقام البينة أنه أبو الميت، فإن القاضي يجعل للثاني سدس المال، ويكون الباقي للأول، كما لو ثبت ذلك عياناً.

وإن كان الأول ذكر أنه أبو الميت، فجاء الثاني، وأقام البينة أنه أبو الميت، فإن القاضي يقضي بالميراث للثاني[٢]؛ لأن أبوّة الثاني ثبتت بالبينة، وأبوّة الأول عند هذا القاضي ثبتت بخبره، لا بالبينة، فكان الأول[٣] أولى؛ لأن الأب في الحقيقة أحدهما، إلا أن عند[٤] استواء الحجة، يجعل الميراث بينهما لتعذّر الترجيح، ولامساواة ههنا، لما ذكرنا.

واستوضح هذا برجلٍ أقام البينةَ أنه أب الميت، ووارثه، وقضى القاضي[٥] له بالميراث، ثم جاء آخر، وأقام[٦] البينة أنه أبو الميّت، ووارثه، فإن القاضي لايلتفت إلى الثاني، ولايجمع بينهما، لأن الأب لايتعدّد، وبيّنة الأوّل اتصل[٧] بها قضاء القاضي،

---

(١) راجع «المبسوط» ١٧/ ٤٥.

(٢) المرجع السابق.

(٣) في (ا) و (ب): "فكان الثاني".

(٤) "عند" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "القاضي" ساقط من (ا) و (ب).

(٦) في (ا) و (ب): "أقام آخر البينة".

(٧) كذا في النسخ الأخرى، وفي الأصل: "اتصلت" وهو خطاء.

وبينة الثاني لم يتصل بها قضاء القاضي، فلاتعارضها بينة الثاني[1].

فلوأن القاضي سمع بينته في مسألتنا، ولم يقض بها، حتى أقام الأول بينة أنه أبو الميّت، قضي بالميراث بينهما لاستوائهما في الحجّة.

ولو أن القاضي قضي بالميراث للثاني، أو لم يقض، ثم أقام الأول البينة[2] أن القاضي الأول كان[3] قضى له بالميراث بسبب الأبوّة، فإن القاضي الثاني يقضي بالميراث للأول، لأن قضاء القاضي الأول[4] بالأبوّة ثبت عند القاضي الثاني بالبينة، فصار كما لو ثبت عَياناً، و[لو ثبت عَيانا][5] لايزاحمه الثاني، كذلك ههنا[6].

والجواب في وَلاء العَتاقة في جميع ذلك كالجواب في الأبوّة، لأن الشخص الواحد كما لايتصوّر أن يكون ابنا لرجلين، لايتصوّر أن يكون مُعتق رجلين علي وجه الكمال، فكان الولاء بمنزلة الأبوّة: إن سبق الحكم لأحدهما كان هو أولى، وإن اجتمعا يقضي القاضي بينهما[7].

---

(١) انظر تفصيل هذه المسألة في «فتح القدير» ٧/ ٤٣٠. وايضا كتاب «المبسوط» ١٧/ ٤٦.

(٢) كذا في الأصل، وفي (ا) و (ب): "حتى أقام الأول البينة"، وفي (ج) و (د): "ثم أقام البينة".

(٣) "كان" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) وجاء في (ا) و (ب): "قضاء القاضي الأول للأول".

(٥) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل و من (ج) و (د)، وأثبتناه من (ا) و (ب).

(٦) كتاب «المبسوط» ١٧/ ٤٤.

(٧) كتاب «المبسوط» ١٦/ ١٥١.

ولو كان المقضيّ له الأول، ادّعى أنه ابن الميّت، ثمّ جاء آخر، وأقام البينة أنه ابن الميّت، قضى بالميراث بينهما، لأنه لاتنافي بينهما.

ولو أقامت امرأة البينة أنها ابنة الميّت، قضى لها بثلث الميراث، والقضاء بالبنوّة للأول لايمنع القضاء للثاني لإمكان الجمع بينهما.

ولو ذكر الأول أنه أب الميّت، أو ذكر أنه ابن الميّت، وجاء آخر، وادّعى أنه أخو الميّت، لاشيء للثاني، لأن الأخ لايرث مع الإبن[1]، وابن الإبن وإن سفل، ومع الجدّ علي الخلاف المعروف بين أصحابنا[2].

ولو أقامت امرأة البينة أن قاضي بلد كذا، فلان ابن فلان، قضى بأنها وارثة الميّت، لاوارث له غيرها، وطلبت من القاضي تنفيذ القضاء، فإن[3] القاضي الثاني ينفذ قضاء الأول، لما ذكرنا في جانب الرجل، فإن المرأة قدترث جميع المال بولاء العتاقة ونحو ذلك[4].

وكذلك البنت والأخت ترث كل المال[5]، النصف بحكم الفرض، والباقي بحكم الردّ، فلعلّ القاضي الأول قضى لها بالميراث بذلك السبب، فكان على القاضي الثاني تنفيذ

---

(١) في (ا) و(ب): "مع الأب والإبن".

(٢) في السراجيه في الميراث ١٤. وبنالاعيان والعلا ت كلهم يسقطون، لابن وابن الان وان سفل.

(٣) في (ا) و(ب): "كان للقاضي الثاني".

(٤) عين المصدر.

(٥) راجع السراجية في الميراث حالة البنت والاخت "رد في كتاب الله. فان كن نساء فوق اثنين فلهن ثلثا ما ترك وان كانت واحدة فلها النصف (النساء) ركوع ٢.

ذلك القضاء.

فإن أقام رجل البينة بعد ذلك أنه ابن الميّت، أو أبوه، أو أقامت المرأة البينة أنها زوجة الميّت، يسأل القاضي المرأة الأولى عن سبب ميراثها، فإن زعمت أنها ابنة الميّت، يعاملها القاضي الثاني بقولها، كأنها ابنة معروفة؛ لاحتمال أنها صادقة في دعوي السبب، فلاينقض القضاء الأول بالشك.

فالحاصل أن القاضي الثاني[1] إذا نفذ القضاء[2] الأول، ولم يسئل عن السبب، ثم جاء آخر، وأقام البينة على السبب، فإن القاضي يسأل الأول عن سببه:

إن ذكر سبباً لايرث معه مَن أقام البينة، لم يكن لمقيم البينة ـ وهو الثاني ـ شيء، ويجعل الأول صادقا.

وإن ذكر الأول سببا لايرث هو مع مقيم البينة، كان الميراث لمن أقام البينة.

وإن ذكر الأول سببا يجتمعان في الميراث، يجمع بينهما، وإن كان لايتصوّر الجمع، يقضي بالميراث لمقيم البينة؛ لأن سببه عند هذا القاضي ثبت بالبينة، وسبب الأول لم يثبت[3].

(١) "الثاني" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ا) و (ب): "قضاء الأول".

(٣) قال في «الفتاوى الهندية»: ما يجب اعتبارة في هذالباب شيئان احدهما ان قضاد القاضي متى اعتمد سببا صحيحا ثم بطل السبب من بعد لا يبطل القضاء واذا ثبت عدم السبب من الاصل بعد وجودة من حيث الظاهر فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله الأخر وعند ابي يوسف رحمه الله الاول وهو قول محمد رحمه الله يبطل القضاء. ٣/ ٣٣٣.

فإن كان الأول معتوها أو صغيرا لايقدر على البيان، أو مات قبل البيان، [1] يجعل القاضي للأول أفضل الأنصباء، ويقضي للثاني بأقلّ مايكون، ويجعل الأول ممن لايحجب بغيره، حتى لو كان الأول ذكراً، يجعله ابنا.

فإن جاء الثاني، وأقام البينة أنه أبو الميّت، يجعل للثاني سدس المال، لأنه أقل ما يكون للابن[2]، ولو كان الثاني زوجة الميت، يعطيها الثمن؛ لأنه أقلّ أنصباء المرأة.

وإن كان الثاني ممن يحتمل السقوط نحو الأخ والعمّ، يجعله ساقطا بالأول، وإن كان الأول امرأة، يجعلها ابنة الميت، ويجعل لها جميع المال بالفرض والردّ.

فإن جاء آخر، وادّعي أنه أخو الميت أو ابن الميت، يجعل الميراث بين الأول والثاني، ولايقضي القاضي حتى يعلم أنه بأيّ سبب يقضي، ولاينقض قضاء قد سبق بالشك والاحتمال[3].

ـ والله أعلم ـ

(١) زاد في (ا) و (ب) هنا: "قال"، أي: قال محمد رحمه الله.

(٢) في (ا) و (ب) و(ج) و (د): "للأب".

(٣) وليراجع «فتح القدير» ٧/ ٤٢٩.

باب في[1] شهادة الوصيّ والوكيل قبل الخصومة وبعدها

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن من صار خَصماً في حادثة، بطلت شهادته فيها[2]؛ لقوله عليه السلام: «لا شهادة لخصم»[3].

---

(١) "في" سقط في (ا) و (ب).

(٢) وذلك لأجل التهمة التي تردّ بها الشهادة باتفاق الفقهاء، لأنه إذا كان خصما فشهادته تقع لنفسه، فلا تقبل، والخصم: كل من خاصم في حق، وخرّج الكاساني على هذا الأصل بأنه لاتقبل شهادة الوصي للميت واليتيم الذي في حجره، لأنه خصم فيه، وكذا شهادة الوكيل لمؤكله. راجع «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٢. «المبسوط» ١٦/ ١٢٠ وما بعدها.

وورد له ضابط في «الفتاوى الهندية» في ضمن مسألة: واذا شهد البائعان على الشفيع بتسليم الشفعة لا تقبل شهادتهما وإن كانت الدار في يد المشتري، لأ نهما كانا خصمين في هذا الدار قبل التسليم إلى المشتري، ومن كان خصما في شيء لا تقبل شهادته فيه. ٥/ ١٨٨.

(٣) لم أجده بهذا اللفظ، إنما روى الحافظ عبدالرزاق عن الأسلمي عن عبدالله عن يزيد بن طلحة عن طلحة بن عبدالله بن عوف عن أبي هريرة قال: بعث رسول الله ﷺ مناديا في السوق أنه لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين قيل وما الظنين؟ قال: المتهم في دينه، المصنف لعبدالرزاق ٨/ ٣٢٠، الحديث: ١٥٣٦٥، ورواه البيهقي بسنده إلى طلحة بن عبدالله بن عوف أن رسول الله ﷺ بعث منادياً حتى انتهى إلى الثنية أنه لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين واليمين على المدعي عليه وقال: أخرجه أبو داود في المراسيل السنن الكبيرى ١٠/ ٢٠١.

والثاني: أن من انتَصَب خَصماً عن غائب، وقضى عليه، كان القضاء عليه قضاء على الغائب لقيامه مقامه[1].

وفي الباب فصول ثلاثة: فصل في شهادة الوصيّ، وفصل في شهادة الوكيل، وفصل في كيفية الخصومة.

أما الأول: قال محمد رحمه الله: رجل أوصى إلي رجل، ومات، فقبِل الوصي[2] الوَصاية، ولم يخاصم إلي القاضي في شيء حتى عزله القاضي، وجعل للميّت وصيّا غيره، ثمّ شهد الوصيّ الأول للميّت بشهادة في مال أو غيره، فشهادته باطلة[3].

أولا نقول: هذه المسألة رواية أن للقاضي أن يعزل وصيّ الميّت، وقال بعض مشايخنا: ليس له أن يعزل[4]، ولكن يضمّ إليه وصيّا، وإنما بطلت شهادته؛ لأنه لما مات الموصي، صار الوصيّ خَصما في حقوقه قائما مقامه؛ لأن الوصاية خلافة، فيتعلّق ثبوتها بفوات الأصل.

ولهذا لو تصرّف الوصي بعد موته قبل أن يعلم بالوصاية، نفذ تصرّفه، وإذا

رواه الإمام مالك رحمه الله في الموطأ موقوفا على عمر بلفظ: قال رسول الله ﷺ: «لاتقبل شهادة خصم ولاظنِّين»، وهو منقطع، ورواه الحاكم عن أبي هريرة مرفوعا، وانظر «نيل الأوطار» ٨/ ٢٩١.

(١) راجع «ردّ المحتار» ٤/ ٣٧٣.

(٢) في (ا) و(ب): "الموصى إليه".

(٣) انظر «فتح القدير» ٧/ ٣٩٧-٣٩٩.

(٤) راجع للتفصيل «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٤٠.

صار خصماً خرج من أن يكون شاهدا، فلاتقبل شهادته فيما صار خصما أبداً، كما لاتقبل شهادة الموصي لنفسه، وعزل القاضي إيّاه إخراج بعد الثبوت، وليس بإبطال من الأصل.

وإن كان الوصيّ لم يقبل الوصاية، ولم يردّ، حتى شهد للميت بمال عند دعوى بعض الورثة، يسأله القاضي[1]: أتقبل الوصاية أم تردّها؟ إن قبل بطلت شهادته؛ لأنه صار خصما من وقت الموت، وإن ردّ قبلت[2] شهادته لبطلان الوصاية من الأصل، كما لشفيعين إذا شهدا بالبيع يسألهما القاضي عن الشفعة، فإن طلباها بطلت شهادتهما، وإن سلّما الشفعة جازت شهادتهما، كذلك ههنا.

وإن لم يخبر الوصيّ بشيء، يتوقّف القاضي في شهادته؛ لأن حاله متردّد، وسبب الردّ، وهو الوصاية محتمل، فيتوقّف حتى يرتفع التردّد، ويستبين حاله.

وأما فصل الوكالة: فهو على وجهين:

أحدهما أن يكون خاصّاً، والآخر أن يكون عامّاً، والعامّ على نوعين: أحدهما أن يكون في الموجود[3]، دون الحادث بعد التوكيل، والثاني أن يتناول الموجود والحادث من الحقوق[4].

أما الأول: رجل وكّل رجلا بالخصومة في شيء، ثمّ أخرجه من الوكالة قبل أن

(١) انظر «ردّ المحتار» ٣/ ٣٤١.

(٢) كذا في (ا) و (ب) و(ج) و (د)، وفي الأصل: "قبل"، وما ثبت أصح.

(٣) في (ا) و (ب): "أن يتناول الموجود".

(٤) انظر تفصيل هذه المسلة في «فتح القدير» ٧/ ٣٩٩.

يخاصم عند القاضي، ثمّ إن هذا المعزول شهد لمؤكّله بما وكّل فيه[1]، جازت في قول أبي حنيفة، ومحمد، و[قول][2] أبي يوسف الأول، ولاتجوز في قول أبي يوسف الآخر، بناءً علي أن عند أبي يوسف بنفس التوكيل يصير قائما مقامه، حتى لو أقرّ على مؤكله في غير مجلس القاضي، يصحه إقراره[3].

وعندهما: بنفس التوكيل لايصير قائما مقام المؤكل، ولايصح[4] إقراره علي مؤكله في غير مجلس القاضي.

لأبي يوسف: أن المؤكل أقامه مقام نفسه في حياته، فيعتبر بالإنابة بعد الموت، وهو الإيصاء، وثمّة[5] يصير خصما قبل الخصومة، فكذلك ههنا.

ولهما: أن الوصاية خلافة، فيتعلّق ثبوتها بفوات الأصل، أما التوكيل ليس بإنابة، بل هو أمر بالخصومة، والخصومة لاتكون إلا في مجلس القضاء[6]، فما لم يخاصم لايصير خصماً.

ألاترى أن الإيصاء من الميّت لايقبل التخصيص؛ لأنه خلافه، والتوكيل يقبل،

(١) في (ا) و (ب): "وكله به".

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٣) راجع للتفصيل «فتح القدير» ٧/ ٣٩٨.

(٤) في (ا) و (ب): "حتى لايصح".

(٥) في (ا) : "وثم".

(٦) راجع تكملة «فتح القدير» ٧/ ٢٢٣.

ولا ينفذ تصرّف الوكيل قبل العلم بالتوكيل، وينفذ تصرّف الوصيّ قبل العلم بالإيصاء[١].

وأما الوكالة العامّة في الموجود، دون الحادث، صورتها: إذا وكّل رجلا بالخصومة مع فلان في كلّ حق له قِبَله، فهو توكيل بالحقوق القائمة[٢]، لا بما يحدث بعده، ثمّ هذا على وجهين: إما إن كان مؤكّدا بعلم القاضي، أو بحكمه[٣].

أما الأول: رجل وكّل رجلاً بالخصومة مع فلان في كلّ حقّ له قِبَله، بمحضر من القاضي، والقاضي يعرفهم جميعاً، فلم يخاصم الوكيل في شيء حتى عزله المؤكل، ثمّ شهد الوكيل بحق كان له قِبل فلان قبل التوكيل، جازت شهادته في قول أبي حنيفة ومحمد، ولا تجوز في قول أبي يوسف الآخر[٤]، وهذا والفصل الأول سواء.

وفائدة التوكيل عند القاضي علم القاضي بالتوكيل، حتى لو خاصم الوكيل عند هذا[٥] القاضي لا يحتاج إلى إثبات الوكالة، إما أن يصير خصما قبل الخصومة، فلا، وهذا والأول في ذلك سواء.

وإنما ذكر: "والقاضي يعرفهم"؛ لأن القاضي إذا كان لا يعرف[٦] المؤكل، فوكل غيرَه بين يدي القاضي، لا يصحّ؛ لأن فائدة التوكيل بعلم القاضي القضاء للمؤكل عند غَيبة

---

(١) "بالإيصاء" سقط في (ا) و (ب)، وثبوته أصح.

(٢) راجع كتاب «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٥.

(٣) انظر التفصيل في «فتح القدير» ٧/ ٣٩٩.

(٤) العبارة في (ا) و (ب): "وقال أبويوسف لاتجوز وهو قوله الاخ" ر.

(٥) "هذا" ساقط من (ج) و (د).

(٦) في (ج) و (د): "إذا لم يعرف المؤكل".

المؤكل بخصومة الوكيل.[1]

فإذا كان لا يعرف المؤكل، لايمكنه القضاء، حتى لو أحضر عند القاضي خصماً، وقال: وكّلتُ وكيلي هذا ليخاصم عني مع هذا الرجل، ومع كلّ مَن لي عليه حقّ بالكوفة، فإن القاضي يقبل توكيله ويجعله وكيلا، وإن لم يعرف المؤكل؛ لأن التوكيل مفيد إذا كان بحَضرة الخصم، هكذا ذكَر شمس الأئمة الحَلواني[2] رحمه الله في شهادات «الجامع»[3].

فلو أن المؤكل لم يعزل الوكيل حتى خاصم المطلوبَ عند القاضي في ألف درهم، وقضى القاضي بذلك المال، أو لم يقض حتى عزله الموكّل، ثم شهد للمؤكل بالألف التي خاصم فيه، لاتقبل[4].

ولو شهد له بمائة دينار، جازت شهادته؛ لأنه لايصير خصما بنفس التوكيل، وإنما يصير خصما بفعل الخصومة، والخصومة وُجدت في الألف، فبطلت شهادته في الألف، لا في غيرها.

وأما الوجه الثاني: إذا وكّله بغير محضر من القاضي بكلّ حق له قبَل فلان، فخاصم الوكيل فلانا عند القاضي بألف درهم للمؤكل، فجحَد المدّعى عليه المالَ والوكالةَ، فأقام

---

(١) راجع كتاب «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٦.

(٢) هو عبد العزيز بن احمد شمس الأئمة الحلواني، انظر ترجمته في ص ٢٠٧.

(٣) أي: ذكر شمس الأئمة في كتاب الشهادت من «شرح الجامع»، والظاهر أنه يقصد «شرح الجامع الصغير»، فإن شمس الأئمة الحلواني أحد من شراح «الجامع الصغير»، انظر النافع الكبير، للعلامة اللكنوي، ص ٥٦.

(٤) راجع كتاب «المبسوط» ١٧/ ٣٨.

الوكيل بينة على الوكالة، وقضى بها القاضي، أو لم يقض، ثم عزله، ثم شهد الوكيل لموكله بتلك الألف أو بغيرها، لاتقبل شهادته[1]؛ لأن القاضي إذا لم يعلم بالوكالة، يحتاج الوكيل إلى إثبات الوكالة بالبينة.

وإنما يُثبتها بالبينة على الوجه الذي أثبتها الموكل؛ لأن الشاهد إنما يشهد بما عاين، لابغيره، فإذا كانت الوكالة عامّة، لايشهد الشاهد إلا بوكالة عامّة، والبينة لاتقبل إلا بعد الدعوى، فكانت الخصومة في الألف خصومة في سائر الحقوق تقديرا، ضرورة إثبات الوكالة في سائر الحقوق[2].

ولهذا لو قضى القاضي بوكالته عَقيب الدعوى في حقٍ، لايحتاج إلى إثباتها بعد ذلك في كلّ حقٍ يدّعي، فبطلت شهادته في الكل ضرورة.

فإن[3] شهد بمال حادث بعد التوكيل، جازت شهادته؛ لأن التوكيل لم يتناول الحادث، فلم يصر خصما في ذلك.

والدليل على الفرق بين علم القاضي وحكمه ما ذكر في الكتاب: أنه لو مات القاضي، أو عزل بعد ما قضَى بوكالته بالبينة، فإن القاضي الثاني يجعله خصما ووكيلا بقضاء الأول فيما خاصم فيه وفيما لم يخاصم، ولايجعله القاضي الثانيْ وكيلا بالتوكيل الذي كان عند القاضي الأول، لأن حكم القاضي حجّة في حقّ الكلّ، وعلمه حجّة في

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٥٨.

(٢) راجع للتفصيل «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٥٨.

(٣) في (ا) و (ب): "فإن".

حقّ نفسه دون غيره(١).

وكذلك رجل ادّعى عند القاضي على رجل أن فلاناً وكّله بالخصومة في كلّ حق له قِبل هذا المدّعى عليه، وقِبل فلان وفلان، وأقام البينة على الوَكالة بالصفة التي ادّعى، وقضى القاضي بذلك، أو لم يقض، ثم عزله المؤكل، فشهد المعزول للمؤكل بحق قِبَل هذا الذي أحضره، أو قِبَل الآخرين، لاتقبل شهادته(٢).

لأن هذا الوكيل حين خاصَم واحداً من الغُرماء لإثبات الوكالة، كانت الخصومة مع الحاضر خصومة مع الغائبين؛ لأن الوكالة واحدة، لايتوصّل إلى إثباتها علي الحاضر إلا بإثباتها علي الغائبين، ولهذا لو أحضر الغائبين بعد ذلك، وادّعى عليهما مالاً للمؤكل، لايكلّف إعادة البينة على الوكالة، فإذا بطلت شهادته على الحاضر بالخصومة معه بطلت على الغائبين.

وفي هذا لافرق بين تخصيص الواحد في الوكالة، وبين تخصيص الجماعة، فلاتقبل شهادته، إلا أن يشهد بحقّ حادث بعد التوكيل، أو على رجل آخر غير النفس الثلاثة، فتقبل شهادته؛ لأن التوكيل لم يتناول ذلك.

وأما الذي يتناول الموجود والحادث بعد التوكيل، صورته:

رجل أقام البينة أن فلان بن فلان وكّله بكلّ حق له في مصر كذا(٣)، وبالخصومة فيها، وأحضر رجلاً من أهل ذلك المصر، وادّعى عليه حقاً لمؤكله، فجَحَد المدّعى عليه المالَ

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٧٥. وكتاب «بدائع الصنائع» ٧/ ٨.

(٢) راجع «الفتاوى البزازية» على هامش «الفتاوى الهندية» ٥/ ١٤٤.

(٣) «الفتاوى البزازية» على هامش «الفتاوى الهندية» ٥/ ١٤٤.

والوكالةَ، فأقام الوكيل البينة على ما ادّعى، وقضى القاضي بالوكالة، أو لم يقض حتى عزل، فشهد[1] لمؤكله بحق أو مال على ذلك الرجل، أو على غيره من أهل ذلك المصر، لاتقبل شهادته.

لأن الوكالة واحدة، لايملك إثباتها على الحاضر إلا بإثباتها على الكلّ، فانتصب الحاضر خصماً عن الكلّ، فإذا خاصم الواحد فقد خاصم الكلّ، ولهذا لايحتاج إلى إعادة البينة على الوكالة، على كلّ من يدّعي عليه[2] من أهل ذلك المصر حقا.

وكذا لو شهد بحق حادث بعد التوكيل، لاتقبل شهادته[3]؛ لأن التوكيل على هذا الوجه يتناول الموجود والحادث جميعا، وهذا استحسان، والقياس أن لايتناول الحادث؛ لأنه وكّله بحقوقه[4]، والحادث ماكان من حقوقه وقت التوكيل.

وجه الاستحسان: أن المتعارف فيما بين الناس أن الرجل يؤكل غيره بقبض غَلاته وحقوقه في المصر، ويريد به الموجود، ومايحدث بعد ذلك من الغلات والحقوق والثمرات.

ولو احتاج إلى تجديد الوكالة بعد حدوث كلّ غَلّة وثمرة تخرج فيه، فيتناول الكلّ، وإذا دخل الكلّ في[5] التوكيل، بطلت شهادته في الكلّ، فلاتقبل شهادته إلا أن يشهد

---

(١) في (ج) و (د): "ثم شهد".

(٢) "عليه" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) راجع «بدائع الصنائع» باب من لاتقبل شهادته ٦/ ٢٨٢.

(٤) وجاء في (ا) و (ب): "وكل بالخصومة في حقوقه".

(٥) في (ا) و (ب): "تحت التوكيل".

بحق حادث بعد العزل، لأن الحادث بعد العزل لايدخل في التوكيل، فلايصير خصما [فيه][1]، فتقبل شهادته في ذلك[2].

وكذلك رجل حضر مجلس القاضي، وادّعى أن فلاناً الغائبَ وكّله وفلانا الغائبَ بالخصومة في كلّ حق له قِبل النّاس، وأحضر رجلا، وادّعى عليه حقا لمؤكله[3]، وأقام البينة، فإن القاضي يقضي بكونهما وكيلين، ؛ لأن الوكالة واحدة، فإن أحد الوكيلين، إن كان ينفرد بالخصومة عندنا، لاينفرد بالقبض، فلايُتوصّل إلى إثبات حقه إلا بإثبات حق الغائب، فانتَصّب الحاضر خصما عن الغائب، وصارت خصومة أحدهما كخصومتهما، ولهذا لو حضر الغائب، لايكلّف إعادة البينة على الوكالة.

فإن عزلهما المؤكل، ثم شهدا للمؤكل بحق، لاتقبل، الموجود والحادث بعد التوكيل فيه سواء؛ لأن قوله: "قِبَل الناس" أعمّ من التقييد بالمصر، وذلك يتناول القائم والحادث استحساناً لما قلنا، فكذلك هذا، ولاتقبل شهادتهما إلا فيما يحدث بعد العزل[4].

وقوله: "وكّلتك بكلّ حق لي" بمنزلة قوله: "وكلتك بطلبه وبالخصومة فيه" استحساناً، وقد عرف هذا في كتاب الوكالة.

وأما فصل كيفية الخصومة:

رجل أحضر رجلا، وادّعى أن فلانا وكّله بالخصومة معه في كلّ حق له قبلَه، وادعى

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٢) ينظر «الفتاوى البزازية» ٥/ ١٤٤.

(٣) في (ا) و (ب): "وادّعى أن عليه حقا لمن وكله".

(٤) راجع كتاب «المبسوط» ١٦/ ١٥٢.

عليه مالا لمؤكّله، فجحد المدعى عليه المال والوكالة، فأقام المدّعي بينةً على الوكالة، فقَبْل أن تعدل بينة الوكالة، ويقضي بها، أقام البينة علي المال، القياس أن لاتقبل البينة على المال، لأن البينة على المال[1]، إنما تقبل من الخصم[2]، وقبل القضاء بالوكالة لم يثبت[3] كونه خصما.

وجه الاستحسان: أن الوكيل قد يحتاج إلى ذلك؛ لأن شاهد المال قد يكون مسافرا لايتوقّف، فلو قلنا بأنه لاتقبل إلى أن تظهر عدالة شهود الوكالة، ويقضى بها، يفوت حق المؤكل، ولأن القاضي إذا قضى بالوكالة يصير خصما من حين أقام البينة على الوكالة، فكانت البينة قائمة من الخصم.

ذكر[4] القياسَ والاستحسان، ولم يذكر فيه خلافا.

وذكر الخصّاف رحمه الله: أن على قول أبي حنيفة لاتقبل البينة على المال حتى يقضي بالوكالة[5].

---

(١) "لأن البينة على المال" ساقط من (ج) و (د) وثبت في (ا) و (ب).

(٢) لاتقبل البينة إلا من خصم، كما لاتقبل إلا على خصم، أما الأول فذكره الإمام ابن مازة في ضابط بقوله: "البينة إنما تسمع من الخصم"، وأما الثاني فقال في شرحه: البينة إنما تقبل على خصم جاحد، ليصير الجحود معارضا للدعوى. انظر «شرح أدب القاضي للخصاف»، لعمر بن عبد العزيز بن مازة، ٣/ ٤٠٥، ٤١٥. و ذكره الشارح أيضا في ص ١٧٥٧.

(٣) في (ا) و (ب): "لايثبت".

(٤) أي ذكر الإمام محمد رحمه الله في «الزيادات».

(٥) انظر «شرح أدب القاضي» ٣/ ٤٢٤، ووجّه ابن مازة لقول أبي حنيفة رحمه الله بأن البينة وإن

وعلى قول أبي يوسف ومحمد[1] تقبل البينة[2] على المال، إلا أن عند أبي يوسف إذا آل الأمر إلى القضاء، يقضي بالوكالة أولاً، ثم يقضي بالمال[3].

وكذا لو أقام البينة على الوكالة والمال جملةً، وهذه ثلاث مسائل، إحداها هذه.

والثانية: إذا ادّعى رجل أنه وصيّ فلان بن فلان الميّت، وأن للميت قِبَل هذا الرجل الحاضر ألف درهم، فأقام البينة على الوصاية والمال[4].

والثالثة: إذا ادّعي رجل أن أباه فلان بن فلان مات، ولا وارث له غيره، وأن له على

كانت لاتوجب الحق بنفسها، فإنها لاتسمع من غير الخصم، وإنما يصير المدعي خصما في دعوى المال إذا كان وكيلا، ووصيا، ووارثا، فما لم تثبت الوكالة والوصاية والوراثة لايكون خصما، فصار هو كالأجنبي، والبينة لاتسمع من الأجنبي، كذا ههنا. «شرح أدب القاضي للخصاف» ٣/ ٤٢٥.

(١) ذكر الخصّاف الخلافَ بين الإمام أبي حنيفة وبين أبي يوسف رحمهما الله، ولم يذكر قول محمد رحمه الله، راجع «شرح أدب القاضي للخصاف» ٣/ ٤٢٤.

(٢) "البينة" ساقط من (ج) و (د).

(٣) يعني أن على قول الإمام أبي يوسف رحمه الله يقبل القاضي البينة على الأمرين جميعا، فإذا عدّلت البينة، يقضي بالوكالة أولا، ثم يقضي بالمال. «شرح أدب القاضي» ٣/ ٤٢٤
ووجّه الفقيه عمر بن مازة لقول أبي يوسف بأن البينة لاتوجب الحق بنفسها، وإنما توجب بقضاء القاضي، فكان الموجب هو القضاء، وإنما يعتبر هذا الترتيب في حق القضاء، لاجرم أن القاضي عندي يقضي بالوكالة أولا، ثم بالمال، لكن يقبل البينة على الأمرين في الابتداء. انظر «شرح أدب القاضي للخصاف» ٣/ ٤٢٤، و «فتح القدير» ٧/ ٣٢٨.

(٤) انظر «شرح أدب القاضي للخصاف» ٣/ ٤٢٤.

هذا الرجل الحاضر ألف درهم، أو ادّعى عَينا لأبيه في يد رجل، فأقام البينة على النسب والوفاة والدَّين[1]، وتمامه في «أدب القاضي» وغيره.

وإذا قُبلت البينة في الاستحسان على المال، فالمسألة بعد ذلك على وجوه:

إما أن عُدّلت البينتان جميعا، أو عدّلت[2] بينة الوكالة لاغير، أو عدّلت بينة الحق لاغير.

فإن عُدّلت البينتان، يقضي بالوكالة أولاً، ثم يقضي بالمال، ويراعي الترتيب في القضاء؛ لأن القضاء بالمال حكم كونه وكيلا وخصما، فيرتب عليه[3].

وفي الوجه الثاني يقضي بالوكالة، ولايقضي بالمال.

فإن عُدّلت بينة المال بعد ذلك، يقضي بالمال، وإلاّ فلا، وإن عُدّلت البينة على المال لاغير، لايقضي بشيء؛ لأنه لم يصر خصماً، والبينة على المال لاتقبل إلا من الخصم[4].

فإن لم يقض بالمال حتى حضر المؤكل، وعزل الوكيلَ، أو جحد أن يكون وكيلاً، فشهد له الوكيل المعزول بذلك الحق، لاتقبل شهادته، أما إذا عزله؛ فلأنه صار خصما فيه بالدعوى وإقامة البينة، فبطلت شهادته.

---

(١) أي: يشهدون له على أمور أربعة: على النسب، وعلى وفاة أبيه، وأنه وارثه، لايعلمون له وارثا غيره، وعلى أن للميت على هذا الرجل كذا من الدين. انظر «شرح أدب القاضي للخصاف» ٣/ ٤٢٥.

(٢) في (ا) و (ب): "عدّل".

(٣) راجع «ردّ المحتار» ٤/ ٣٧٣.

(٤) انظر «ردّ المحتار» ٤/ ٣٧٣.

وأما إذا جحد الموكل وكالته؛ فلأن الشاهد لما ادّعى الوكالة، فقد أقرّ ببطلان شهادته، وأنه إقرار على نفسه، فيصحّ إقراره، وتبطل شهادته[١].

ألا ترى أن الوكيل لو ادّعى الوكالة، وأقام البينة، فلم يقض القاضي بوكالته حتى ادّعي المطلوب أن الموكل[٢] أبرأه عن الدّين، لاينبغي أن يقضي القاضي بالبراءة قبل ثبوت الوكالة، فإن قضى، ثم جاء المؤكل، وأقرّ بالوكالة، وجحد الإبراء، ينفذ قضاء القاضي بالإبراء[٣]، لأن إقرار المؤكل بالوكالة إقرار على نفسه، فصحّ. كذلك ههنا، إقرار الوكيل يُبطلان شهادته إقرار على نفسه[٤].

وكذلك لو كان الوكيل أقام البينة على الوكالة، فظهر أنهم عبيد، ثمّ عزله المؤكل، لاتقبل شهادة الوكيل لمؤكله فيما ادّعي الوكيل، لأن الوكيل لما ادّعى الوكالة، فقد أقرّ أنه خصم، وذاك يكفي لبطلان الشهادة[٥].

وكذا لو خاصم في شيء مما قلنا، وادّعى الوكالة، ولم يقم البينة علي ذلك، لكنه حلف الخصم، بطلت شاهدته، لما قلنا[٦].

---

(١) كذا ثبت في الأصل وفي (ا) و(ب)، وجاء في (ج) و (د): "فيصحّ، كذلك هنا إقرار الوكيل، وتبطل شهادته".

(٢) في (ا) و(ب): "الوكيل".

(٣) انظر «المبسوط» ١٨/ ١٧٢.

(٤) زاد في (ا) و(ب): "فيصح".

(٥) راجع «المبسوط» باب من لا تقبل شهادته ١٦.

(٦) وردت هذه العبارة في (ا) و(ب) كالتالي: "وكذا لو ادّعى فلم يقم البينة، ولكن حلف الخصم،

رجل أحضر رجلا، وادّعى أن فلانا وكّله بالخصومة في كل حق له في مصر كذا، أقام البينة على ذلك، فغاب المدّعى عليه قبل تزكية الشهود، ثم عُدِّلت البينة، فإن القاضي لايقضي بالوكالة إلا على خصم حاضرٍ، كما لاتقبل البينة إلا على خصم[1] [حاضر][2].

فإن أحضر رجلاً آخر، وادّعى عليه حقا لمؤكله، والمدّعى عليه يجحد وكالته، فإن القاضي يقضي بتلك البينة على هذا الرجل[3]؛ لأن الأول كان نائبا عن سائر الغرماء، حتى كان القضاء عليه قضاء علي الكلّ، فكان حَضرة الأول وقت البينة كحَضرة الكل.

ونظيره: مالو قامت البينة على الوكيل، فغاب الوكيل، وحضر المؤكل[4].

أو قامت البينة على المؤكل، فغاب المؤكل، وحضر الوكيل[5].

أو قامت البينة على المورث، فمات، وحضر الوارث.

بطلت شاهدته، وكذا لوخاصم في شيء لما قلنا".

(١) فإن البينة تقبل على خصم جاحد، ليصير الجحود معارضا للدعوى، فيحتاج إلى البينة. انظر «شرح أدب القاضي للخصاف» ٣/ ٤٠٥.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٣) أي: أن القاضي يقضي بثبوت الوكالة ونفاذها، ولايحتاج الوكيل إلى إعادة البينة على الوكالة، لأن القاضي إنما يقضي على حسب ما شهد به الشهود، والشهود شهدوا بالوكالة عاما، والقاضي قضى بذلك، فلا يحتاج إلى إقامة البينة على كل غريم. انظر «شرح أدب القاضي للخصاف» ٣/ ٤٠٥، و٣٠٦. «الفتاوى البزازية» ٥/ ١٤٤.

(٤) راجع «الفتاوى البزازية» على هامش «الفتاوى الهندية»٥/ ١٤٤.

(٥) انظر «الفتاوى البزازية» على هامش «الفتاوى الهندية»٥/ ١٤٤.

أو قامت البينة علي وارث بدَين على الميّت، فغاب ذلك الوارث، وحضر وارث آخر[1].

أو أقام رجل البينة على وارث أنه وصيّ الميّت، فغاب ذلك الوارث، وحضر وارث آخر[2].

أو أقام البينة بالوصاية علي غَريم للميت، فغاب ذلك الغريم، وحضر غريم آخر، فإنه يقضي بتلك البينة على الثاني[3]؛ لأن القضاء علي الأول يكون قضاء على الثاني، فكذلك البينة.

ـ والله تعالى أعلم ـ

---

(١) «الفتاوى البزازية» ٥/ ١٤٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) حكى في «الفتاوى البزازية» أن الإمام الحلواني ذكر هذه المسألة، ثم قال: والقضاة يغلطون فيه، فإنه يستخلف رجلا لسماع الحادثة أو يكتب إلى القرية لسماع الشهادة في فصل، ثم يكتب في الكتاب أنهم شهدوا عندي، ويكتب ألفاظ شهادتهم، فيقضي القاضي بذلك من غير أعادة البينة إلى مجلس القضاء. «الفتاوى البزازية» ٥/ ١٤٤.

باب من الشهادة التي تجوز في الوصية بعد الموت والدّين قبل القضاء وما لاتجوز بعد القضاء

بني الباب على أصلين:

أحدهما: أن الشهادة إذا تضمّنت جرّ مغنمٍ إلى الشاهد، أو دفع مغرمٍ عنه، لاتقبل لمكان التهمة(١).

والثاني: أن الوصايا إذا اجتمعت، وفيها عتق، يقدّم العتق(٢)، روي ذلك عن ابن عمر رضي الله عنه، ولأن العتق أقوى؛ لأنه لايحتمل الفسخ، وغيره يحتمل [الفسخ](٣)، والأدنى لايزاحم الأقوى.

---

(١) انظر «فتح القدير» ٧/ ٤٤ وقال في «ردّ المحتار»: ولا يجر الشاهد إلى نفسه مغنما، ولايدفع عن نفسه مغرما، وأن لا يكون خصما ٣/ ٣٥٥.

(٢) وهذا ليس مطلقا بل ينبغي فيه التفصيل، ذكره الكاساني بأن الوصية بالإعتقاق، إن كان إعتاقا واجبا في كفارة، فحكمه حكم الكفارات، وإن لم يكن واجبا فحكمه حكم سائر الوصايا المتنفل بها من الصدقة على الفقراء وبناء المساجد وحج التطوع ونحو ذلك، لأن الوصية بالإعتقاق يلحقها الفسخ، كما يلحق بسائر الوصايا، فكانت الوصية بالإعتقاق غير واجبة مثل سائر الوصايا، فلا تقدم، بخلاف الإعتاق المنجز في المرض والمعلق بالموت، لأنه لايلحقهما الفسخ، فكان أقوى، فيقدم على سائر الوصايا. «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٧٣.

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

وفي الباب فصلان: الشهادة بعد الشهادة، والشهادة بعد الإقرار.

أما الفصل الأول: فهو علي وجهين: إما إن كان في العبد، أو في الثلث.

بدأ بما إذا كان في العبد، فقال: رجل مات وترك ثلاثة أعبد قيمتهم على السواء، لامال له غيرهم، فشهد رجلان أن الميت أوصى بهذا العبد لهذا الرجل، ثم شهد وارثان أن الميت أوصى لهذا الرجل بهذا العبد[1]، وإنه على وجهين[2]:

إما إن شهدا بعبد آخر، أو شهدا بذلك العبد، وكل ذلك على وجهين: إما أن ذكرا في شهادتهما الرجوع عن الوصية الأولى، أو لم يذكرا ذلك، وكان ذلك بعد القضاء للأول أو قبله.

فإن شهدا بعبد آخر قبل القضاء للأول، قبلت شهادة الوارثين؛ لأنهما شهدا للثاني باستحقاق الوصية، ولم يجرّا إلى أنفسهما مَغنَماً، ولا دفعا مَغرَماً، ولا نقضا قضاءً قضى عليهما، فانتَفت التهمة عن شهادتهما، [فتقبل][3].

وإذا قبلت شهادتهما، فإن لم يذكرا الرجوع عن الوصية الأولى، قضى لكل واحد من الموصى لهما بنصف عبده، لأن كل واحد منهما أثبَت وصيته[4] بالبينة، والوصايا إذا اجتمعت، لاتنفذ إلا في الثلث، فيجعل الثلث بينهما، كما لو ثبتت وصيتهما عَياناً[5].

(١) العبارة في (ج) و (د): "فشهد رجلان أن الميت أوصى لهذا الرجل بهذا العبد".

(٢) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٤) في (ج) و (د): "وصية" وهو خطاء.

(٥) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

ولايقال: لولا شهادتهما، لكان للموصى له الأول كل عبده، فإنما عاد نصف العبد إلى الورثة بشهادتهما، فوجب أن لاتقبل شهادتهما لمكان التهمة.

لأنا نقول: بنفس الشهادة لايثبت الاستحقاق، بل التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت، حتى يقضي منها ديونه، فكانت شهادتهما شهادة على المورّث فتقبل، كما لو شهدا عليه في مرضه بعَين من أعيان ماله.

وإن شهدا بالوصية للثاني، وذكرا الرجوع عن الأولى، جازت شهادتهما أيضا، وللموصى له الثاني كل العبد، ولاشيء للأول؛ لأن الرجوع عن الأولى ثبت بشهادتهما، فبطل وصيته، كما لو ثبت ذلك عَيانا. وعَود العبد الأول إلى الورثة، لايمنع قبول شهادتهم، لما مرّ أن حق الأول لايثبت قبل القضاء.

ألا ترى أن الوارثين لو شهدا أن الميّت أعتق هذا العبد الاخر في مرضه، جازت شهادتهما[1]، لأنهما يشهدان للعبد الثاني بالعتق، وإذا جازت شهادتهما، يقضي بالعتق، لما مرّ أن الوصايا إذا اجتمعت، وفيها عتق، يقدم العتق.

وإذا قضى بالعتق، تبطل وصية الأول، لأن الثلث الذي هو محل الوصية صار مستحقا با لعتق، فتبطل وصيته الأول ضرورة[2]، ويسلّم العبد الأول للورثة، وسلامة العبد لهم لايمنع قبول شهادتهم على العتق؛ لأن استحقاق الأول لايثبت قبل القضاء، كذلك ههنا.

---

(١) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٢) " لأن الثلث الذي هو محل الوصية صار مستحقا بالعتق فتبطل وصيته الأول " ساقط من (ج) و (د) وثبت في (ا) و (ب).

ولو كان القاضي قضى للأول، ثم شهد الوارثان بشيء مما قلنا، لاتقبل[1]؛ لأن استحقاق الأول يثبت بقضاء القاضي، وصار الوارث مقضيًا عليه بطريق الخلافة عن الميت، حتى لو ادّعاه الوارث بعد ذلك لنفسه ملكا مطلقاً، لاتسمع دعواه؛ لأنه صار مقضيًا عليه، فإذا شهدا بعد ذلك، فإن ذكرا رجوعا عن الوصيّة الأولى، فقد أعادا كلّ العبد الأول إلى أنفسهما بالعبد الثاني.

وإن لم يذكرا رجوعاً عن الوصية، فقد أعادا نصف العبد[2] الأول إلى أنفسهما بنصف العبد الثاني، فتمكنت التهمة في شهادتهما على كلّ حال، وفيه إبطال قضاء قضى عليهما، ولاشيء للموصى له الثاني، وإن أقرّ له بالوصية، لأن العبد الأول تعيّن محلاً للوصية بقضاء القاضي، وزال عن ملك الورثة.

وكذا لو شهدا بعد القضاء الأول: أن الميّت أعتق هذا العبد الآخر في مرضه، لاتقبل شهادتهما؛ لأنا لو قبلنا شهادتهما، والعتق مقدّم على غيره من الوصايا، يبطل القضاء الأول، فلاتقبل شهادتهما، لكن يعتق العبدبإقرارهما؛ لأنهما مالكان، أقرّا بحريّته، ويسعى لهما في قيمته؛ لأن محل الوصية صار مستحقاً بقضاء القاضي، والعتق بعد وقوعه لايحتمل الفسخ، فتجب السعاية، ليكون ردّاً للعتق من حيث المعنى.

هذا إذا شهد الوارثان بعبد آخر، فإن شهدا أن الميّت أوصى بذلك العبد للثاني، ولم يذكرا رجوعا عن الأول، جازت شهادتهما[3]، سواء شهدا بذلك قبل القضاء الأول أو

---

(١) ولكن يعتق العبد، وتجب السعاية عليه. «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦ نقلا عن المحيط.

(٢) "العبد" ساقط من (ا) و (ب)

(٣) انظر لتفصيل المسألة «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

بعده، ويكون العبد بين الأول والثاني[1].

أما قبل القضاء فظاهر، وأما بعد القضاء: فلأنهما[2] لايحوّلان إلى أنفسهما شيئاً بشهادتهما، ولا يبطلان قضاء القاضي، وإنما يثبتان حق الثاني، ولاتنافي بينهما؛ لأن اجتماع الوصيتين لكل واحد منهما على الكمال في عَين واحدة جائز، حتى لو رَدّ أحدهما كان الكل للآخر.

وإذا قبلت شهادتهما، يضرب كل واحد منهما بجميع وصيته، ويجعل العبد[3] بينهما، كما لوثبت ذلك عَيانا، بخلاف الفصل الأول؛ لأن ثَمّة بعد القضاء يحولان إلى أنفسهما نصف العبد أو كلّه.

وإن ذكرا الرجوع عن الوصية الأولى، لاتقبل شهادتهما؛ لأنهما يظهران أن القاضي أخطأ في قضائه حيث قضى للأول بغير حق، فلاتقبل شهادتهما على الرجوع للأول[4]، وتقبل شهادتهما على الوصية الثانية؛ لأنه ليس فيها إبطال القضاء، وهما شهادتان منفصلتان، فبطلان أحدهما لايوجب بطلان الأخرى، فتثبت الوصيّة الثانية، ويجعل العبد بينهما، ولايضمن الورثة شيئاً لما قلنا في الفصل الأول.

ولو كان القاضي قضى للأول، ودفع إليه العبد، ودفع العبدين الباقين إلى الورثة،

---

(١) فليراجع للتفصيل «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٢) في (ا) و (ب): "فإنهما".

(٣) في (ا) و (ب): "ويجعل ذلك بينهما".

(٤) في (ا) و (ب): "عن الأول".

ثم شهد الوارثان أن الميّت أوصى بذلك العبد للثاني، لاتقبل شهادتهما[1]، وإن لم يذكرا رجوعاً عن الأول؛ لأن فيها إبطال القسمة التي هي في معنى القضاء؛ لأن القاضي قَسَم التركة بين الأول والورثة أثلاثًا، ولو قُبلت هذه الشهادة، كانت القسمة بين الموصى لهما وبين الورثة أسداسا، وفيه نَقض تسليم القاضي في النصف، وتسليمه قَضاء منه، فلاتقبل شهادتهما.

وكذا لو شهدا أن الميّت أعتق العبد المقضيّ به في مرضه، لاتقبل شهادتهما، [لأنها لو قبلت][2]، والعتق مقدّم على غيره، كان فيه إبطال القضاء، فلاتقبل، كمالو شهدا بعد القضاء أنه رجع عن تلك الوصية، وأوصى للثاني.

وأما القسم الثاني من هذا الفصل: وهو ما إذا كانت الوصية بالثلث:

رجل مات، فشهد شاهدان أن الميت أوصى لهذا الرجل بثلث ماله، فقضى القاضي بذلك، ثم شهد وارثان أن الميت أوصى لهذا الرجل الآخر بثلث ماله، فشهادتهما جائزة[3] إن لم يذكرا رجوعاً عن الوصية الأولى، ويكون الثلث بينهما، لأنه ليس في شهادتهما نقض قضاء قد قضى به[4] عليهما، بل في شهادتهما استحقاق الثاني، ويتضاربان[5] في الثلث.

---

(١) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٣) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٤) "به" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) في (ا) و (ب): " مضاربان" وهو خطاء.

وإن ذكرا رجوعا عن الوصية[١] الأولى، لاتقبل شهادتهما، لأن هذه الشهادة تتضمّن إبطال القضاء.

وكذا لو شهدا أن الميت أعتق هذا العبد نفسه[٢] في مرضه، لاتقبل[٣]؛ لأن فيها إبطال القضاء، لما قلنا، لكن يعتق العبد؛ لأنهما مالكان أقرّا بعتقه، ويسعي العبد في قيمته؛ لأن محلّ الوصية صار مستحقاً بقضاء القاضي، ويكون ثلثا[٤] السعاية للورثة، والثلث للموصى له بالثلث؛ لأن حق الموصى له بالثلث يثبت في ثلث مال الميت سابقا، والسعاية مال الميت.

فإن قال الموصى له بالثلث: أن العبد بحكم الوصية بالثلث صار مشتركاً بيني وبين الورثة؛ لأنه مال الميت، ولي ثلث مال الميت، وقد أعتقاه الورثة[٥]، فلي أن أضمنها، ليس له ذلك؛ لأنهما ماأعتقاه، بل أضافا العتق إلى غيرهما، فلايضمنان، كجماعة أشترو عبداً، ثم أقرّ أحدهم أن البائع كان أعتقه قبل البيع، لايضمن لشركائه شيئا.

ولو شهد الوارثان أن الميت أعتق هذا العبدَ في مرضه، إن شهدا بذلك[٦] قبل القضاء الأول، جازت شهادتهما، لأنه ليس في شهادتهما جرّ مَغنمٍ، ولا دفع مَغرَمٍ، ولا إبطال

---

(١) في (ا) و (ب): "في الوصية".

(٢) في (ا) و (ب): "بعينه".

(٣) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٤) في (ج) و (د): "ثلث السعاية".

(٥) "الورثة" ساقط من (ج) و (د)، وفي (ا) و (ب): "وقد أعتقه الوارثان".

(٦) في (ا) و (ب): "بذلك بالإعتاق".

قضاء قدقضى، وإذا جازت شهادتهما، كان العتق[1] مقدّماً على الوصية بالثلث، فتبطل الوصيّة بالثلث[2].

فإن لم يكن للميت مالٌ سِوى العبد، عتق ثلثه، ويسعى في ثلثي قيمته للورثة.

فلو كان القاضي قضى بشهادة الأجنبيّين، وقسم التركة، وأعطى للموصى له الثلث، ثم شهد الوارثان بالوصية بالثلث لرجل آخر، لاتقبل[3]، وإن لم يذكرا رجوعا عن الأول، لأن شاهدتهما تضمّنت إبطال القسمة التي هي قضاء معنىً، ولايأخذ الموصى له الثاني شيئاً من الورثة، وإن أقرّا له بالوصية بشهادتهما؛ لأن الثلث الذي هو محلّ الوصية تعيّن للأول بقضاء القاضي.

ثم استشهد لبيان الفرق بين ما قبل القضاء وما بعده، فقال:

ألاتري: أن وارثَين لو أقرّا لرجلٍ بدينٍ على الميت، ومعهما وارث آخر، لم يقرّ بذلك، ثم شهد المقرّان على الميت بذلك الدَّين عند القاضي، جازت شهادتهما[4]، ولو كان القاضي قضى عليهما بإقرارهما، ثم شهدا عند القاضي، لاتقبل شهادتهما.

وهذه المسألة احتجّ بها الشافعي رحمه الله علينا في مسئلة أحد الورثة إذا أقرّ بدَين

---

(١) في (ج) و (د): "العبد".

(٢) قوله: "فتبطل الوصية بالثلث" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٣) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٤) ونظيره ماجاء في «الفتاوى الهندية»: وكذا إن اقر الوارث بدين رجل على الميت وقضى به ثم مع رجل أخر بالدين على الميت الرجل أخر ولم تف التركة بينهما لا تقبل حتى لو كان القضاء للاول بشهادة شاهدين تقبل الشهادة بالدين للثاني. ٣/ ٣٧٦.

على الميت، عندنا: يستوفى كل الدين من نصيب المقر[1]، وعند الشافعي: يستوفى منه قدرنصيبه من التركة[2].

فاحتجّ وقال: لو كان يلزمه جميع الدين في نصيبه، لكان هو محوّلاً بشهادته بعض ما لزمَه إلى غيره، فيجب أن لاتقبل شهادته، كما لو قضى القاضي عليه بإقراره، ثم شهد، لاتقبل، وهذا لأن الإقرار ملزم بنفسه، فكان الحال فيه قبل القضا بمنزلة ما بعد القضاء، بخلاف الشهادة، فإنها لاتوجِب شيئا قبل القضاء، فجاز أن يختلف الحكم فيما قبل القضاء وبعده.

وإنا نقول: بأن هذا إقرارعلى غيره، وهو الميت، فلاينفذ في الحال، لأن قبل القضاء، الأمر متردّد: يحتمل أن يجدَ بينة، أو يساعده الورثة، فلا يجب كل الدين في نصيبه لمكان الاحتمال، وإنما ينقطع هذا الاحتمال بقضاء القاضي[3].

فإذا لم يجد بينة، ولم تساعده الورثة، يأمره القاضي بقضاء الدّين من نصيبه. لأن الدّين يقضي من أيسَر المالين قضاء[4].

---

(١) راجع «المبسوط» ١٨/ ٤٨، «الهداية» ٣/ ١٩٢، «الفتاوى البزازية» على هامش «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٦٧.

(٢) وهذا هو القول الجديد للشافعية أنه لايلزمه إلابقسط حصته من التركة، وعلّله الشيرازي بقوله: "لأنه لو لزمه بالإقرار جميع الدين لم تقبل شهادته بالدين، لأنه يدفع بهذه الشهادة عن نفسه ضررا". انظر «المهذب» ٢/ ٣٥٥، «روضة الطالبين» للنووي ٤/ ٤١١.

(٣) انظر «المبسوط» ١٨/ ٤٨، «العناية مع فتح القدير» ٨/ ٤٠١، «البناية» ٧/ ٦٠١.

(٤) انظر «الفتاوى البزازية» على هامش «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٦٧.

ولهذا لو ترك الميت عَرضا أو عَينا، ودينا، يقضي من النقود، ومن العين، وأيسر المالين قضاءً نصيب المقرّ، فيتعيّن ذلك لقضاء الدين، ويجعل نصيب الورثة بمنزلة العدم، وإن كان الدين متعلّقا بكل التركة، فكانت شهادته قبل القضاء تقريرا لما أقرّ به، ولايكرن تحويلا، أما بعد القضاء: فشهادته تحويل عن نصيبه إلى جميع التركة، فلا تقبل، ولهذا اختلف الحكم قبل القضاء وبعده.

ونظير هذا: ما لو قذَف رجلا، ثم جاء مع نفَر ليشهدون عليه بالزنا، فإن كان ذلك بعد ما قضى القاضي عليه بحدّ القذف، لاتقبل شهادته على مقذوف[1]، وإن كان[2] قبل القضاء، جازت شهادته بالزنا على المقذوف، كذلك ههنا.

واستشهد أيضا فقال: أرأيت لو أن رجلا مات، فشهد شاهدان أن الميت أوصى إلى هذا الرجل، ولم يقض القاضي، حتى شهد وارثان أن الميت رجع عن ذلك، وأوصى إلى هذا الثاني، والثاني يدّعي ذلك، جازت شهادة الوارثين، لماعُرف في غير هذا الموضع أن شهادة الوارثين، والموصى لهما، و الغريمين لهما على الميت دينٌ، مقبولة على الإيصاء، إذا كان الموت معروفا[3]، والوصيّ يدعي، لأنها شهادة على الميت بإثبات الولاية للوصيّ في تركته.

وإن شهد الوارثان بذلك بعد ما قضى القاضي بالإيصاء للأول، لاتقبل[4]، لأنها

(١) راجع «الفتاوى البزازية» على هامش «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٦٧.

(٢) في (ا) و (ب): "كانت".

(٣) يرجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٤) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

قامت لإبطال قضاءٍ واقع [1]على الميت وورثته.

وإذا لم تقبل شهادتهما على الرجوع عن الأول، هل تقبل على الإيصاء للثاني كما قلنا قبل هذا؟

قال مشايخنا: يجب أن يكون على الاختلاف:

على قول أبي يوسف تقبل، لأن عنده كل واحد من الوصيّين ينفرد بالتصرّف، فلم يكن في جعل الثاني وصيًا ابطال القضاء، فتقبل[2] شهادتهما في جَعل الثاني وصيًا، ولاتقبل[3] في الرجوع عن الأول، لأن في ذلك ابطال القضاء.

أما على قول أبي حنيفة ومحمد: أحد الوصيّين لاينفرد بالتصرّف إلاّ في أشياء مخصوصة عُرفت، فكانت شهادتهما بالإيصاء للثاني ابطالاً للقضاء[4]، فلاتقبل.

وأما الفصل الثاني، وهو فصل الإقرار:

رجل مات، وترك ثلاثة أعبد، قيمتهم على السواء، لامال له غيرهم[5]، وترك ابناً لاوارث له غيره، فأقرّ الابن أن الميت أوصى بهذا العبد الآخر[6] لهذا الرجل، فسمع

(١) في (ا) و (ب): "مضى على الميت".

(٢) في (ا) و (ب): "فقبلت".

(٣) في (ا) و (ب): "وإن كان لاتقبل".

(٤) في (ا) و (ب): "إبطال القضاء".

(٥) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٦) "الآخر" ساقط من (ا) و (ب).

القاضي إقراره، ولم يقض بذلك، حتى شهد الابن مع رجل[1] اجنبيّ أن الميت أوصى بهذا العبد الآخر لهذا الرجل الآخر، فإن القاضي يقبل شهادته، ويقضي بالعبد المشهود به للمشهود له.

لانّ إقرار الوارث بالوصيّة إقرار على الميت، فلايوجب[2] الحق قبل القضاء، بمنزلة الشهادة التي لم يتصل بها القضاء، فلايكون الوارث بشهادته محوّلاً شيئاً إلى نفسه، فجازت شهادته، ويقضي للثاني بوصيته، وتبطل وصية الأول[3]؛ لان وصية الثاني ثبتت[4] بالبينة، والبينة أقوي من الإقرار، وصاحب أدنى الحجّتين لايعارض صاحب[5] الأقوى.

ولو كان القاضي قضى للأول بإقراره، وقَبَضه أو لم يقبضه، حتى شهد الوارث مع غيره بما قلنا، لاتقبل[6]؛ لانا لو قَبلنا الشهادةَ، والوصيةُ الثابتةُ بالشهادة[7] فوق [الوصية][8] الثابتة بالإقرار، يبطل قضاء القاضي، فيصير ساعياً في نقض قضاءٍ قضى

(١) "رجل" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) في (ا) و (ب): "يجب".

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٤) في (ج) و (د): "تبطل بالبينة"، وهو خطأ.

(٥) "صاحب" ساقط من (ج) و (د).

(٦) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٧) في (ج) و (د): "بالبينة".

(٨) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

عليه، دافعاً عن نفسه ما وجب عليه من التسليم، فلا تقبل شهادته، وإذا بطلت شهادته، سلمّ العبد الثاني للوارث.

لأن محلّ الثلث صار مستحقّاً بالقضاء، فيبطل وصية الثاني ضرورةً، ولايضمن الوارث للثاني شيئاً، لأنه لو ضمن، لايخلو: إما أن يضمن بإقراره الأول، أو بالقضاء، لاوجهَ للأول؛ لأن الحق لايثبت للأول بمجرّد إقراره، فلم يكن إتلافا على الثاني، ولا وجهَ للثاني[1]؛ لأن القضاء فعل القاضي، فلايوجب الضمان على الوارث.

هذا إذا شهد الوارث بعبدٍ آخر، فإن كانت شهادته بذلك العبد الذي أقرّ به للأول، فكذلك الجواب.

إن شهد قبل القضاء للأول، جازت شهادته، وإن شهد بعد القضاء، لاتقبل، ولاضمان عليه، لما ذكرنا في الفصل الأول.

فإن كان الوارث أقرّ بما ذكرنا، وسلّم العبد المقرّ به إلى المقرّ له بنفسه، ثم شهد بذلك العبد بعينه لرجلٍ آخر، لاتقبل شهادته[2]؛ لأنه سَاعٍ[3] في نقضِ تسليمٍ تمّ به، وإذا لم تُقبل شهادته، يضمن نصف قيمة العبد للمشهود له؛ لأنه لمّا شهد للثاني، فقد أقرّ أن العبد كان وصيةً لكل واحد منهما، وأنه سلّم إلى الأول بغير حقٍ، فيضمن نصفه للثاني، وإن دفعه إلى الأول بقضاءٍ، لايضمن، لأن دفعه يضاف إلى القاضي، وهو محمول عليه من جهته، فلايضمن.

---

(١) في (ا) و(ب): "إلى الثاني".

(٢) المرجع السابق.

(٣) في (ا) و(ب): "ساعي في نقض"، وهو خطأ.

ولو كان الوارث أقرّ بثلث المال وصيةً لرجل، ثم شهد مع رجل بوصية الثلث لرجل آخر، فإن كان ذلك قبل القضاء للأول تقبل[1]، وإن كان بعد القضاء لاتقبل، لما ذكرنا.

ولو شهد الوارث مع رجل أن الميت أوصى بثلث ماله لهذا الرجل، وقضى القاضي بذلك، ثم شهدا لرجلٍ آخر بالوصية بالثلث، قبلت شهادتهما؛ لأنه لامنافاة بين الوصيتين لما قلنا، فلم يكن في الشهادة الثانية إبطال القضاء، بل فيها إثبات الوصية للثاني، فيتحاصّان[2].

بخلاف مالو أقرّ للأول بالوصية، وقضى به القاضي، ثم شهد بالوصية للثاني، لأنّا لو قَبِلنا شهادته للثاني، والثابت بالبينة فوق الثابت بالإقرار[3]، يبطل القضاء.

قال[4]: ألا ترى أنه لو شهد الوارث مع رجل بدَين على الميت، وقضى القاضي، ثم شهد بالدَين لرجل آخر، وليس في التركة وفاء بالدينين، إن القاضي يقضي بالثاني[5]، لأنه ليس في هذه الشهادة نقض القضاء، بل يتحاصّان.

ولو أقرّ بدينٍ على الميت أوّلاً، وقضى القاضي، ثم شهد للثاني، لاتقبل، لأنا[6] لو قضينا بالشهادة، والثابت بالشهادة فوق الثابت بالإقرار، يبطل القضاء.

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٢) كذا في «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٣) «بدائع الصنائع» ٧/ ٧.

(٤) أي قال الإمام محمد رحمه الله.

(٥) راجع «المبسوط» ١٧/ ٤٤-٤٥.

(٦) في (ج) و (د): "لأن لو قضينا"، وما ثبت أصح.

ولو كان الوارث أقرّ بالدين، وسلّم بنفسه، ثم شهد بالدين لرجل آخر، لاتقبل[1]، لأنه ساعٍ في نقض تسليمٍ تمّ به، وأنه متناقض، لأنه حين دفع إلى الأول، فقد أقرّ أنه ليس في التركة دَين آخر، والمتناقِض لاتقبل شهادته.

لكنه يضمن للثاني نصف المال، إذا كان دَين كل واحد منهما ألفا، والتركة ألف درهم، لأنه أتلف النصف على الثاني، ولايضمن، إذا كان التسليم من القاضي لما قلنا.

ـ والله أعلم ـ

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

كتاب الدعوى

باب دعوى أحد الشريكين الولد لنفسه ولشريكه فيصدّقه الشريك أو يكذّبه

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن دعوة النسب كما تصحّ في المِلك الكامل، تصحّ في الملك الناقص؛ لأنه تصح بحق الملك، وهو استيلاد الأب جارية الابن، فلأن تصح في الملك النقص، وأنها أقوى، كان أولى.

والثاني: أن دعوة الاستيلاد مع دعوة التحرير إذا اجتمعتا، تترجّح دعوة الاستيلاد؛ لأنّ دعواه[1] الاستيلاد تَستَند إلى العلوق، ودعوة التحرير تقتصر، فكانت دعوة الاستيلاد سابقة معنىً، فتترجّح[2]، كما لو كانت سابقة حقيقة.

إذا عرفنا هذا قال محمد [رحمه الله]:

جارية بين رجلين، ولدت ولدين في بطنين مختلفين، فقال أحدهما: الأصغر ابني، والأكبر ابن شريكي، وصدّقه الشريك، فالجارية أمّ ولد لمدّعي الأصغر، ويضمن

---

(١) في (ج) و (د): "دعوة"، وهو خطأ.

(٢) انظر «المبسوط» ١٧/ ١٢٦.

مدّعي الأصغر لشريكه نصف قيمتها، ونصف عقرها، والولد الأصغر حرّ بغير شيء[1]، ويثبت نسب الأكبر من مدّعي الأكبر، ويضمن مدّعي الأكبر لشريكه نصف عقرها، وعليه أيضا قيمة نصف الأكبر إن كان موسرا، وإن كان معسرا يسعى الأكبر في نصف قيمته[2].

أمّا الجارية: أمّ ولد لمدّعي الأصغر؛ لأنه ادّعى الاستيلاد في محلّ مشترك، فصحّت دعوته، كما لو أقرّ من غير تصديق، واستَند إلى حالة العُلوق؛ لأنها دعوة استيلاد، وعلق الولد حرّ الأصل، فلا يضمن شيئا من قيمته.

فإذا صارت الجارية أمّ ولد له، والاستيلاد لايتجزآ[3]، صار متملكا نصيب الشريك، فيضمن نصف قيمتها، موسرا كان أو معسرا[4]؛ لأن ضمان التملّك لايختلف باليَسَار والإعسار، وعليه نصف عقرها؛ لأنّ الدعوة وإن استُندتْ إلى وقت العلوق، بقي أول الفعل في محل مشترك، فيضمن عقرها، بخلاف الاستيلاد من الأب حيث لايلزمه العقر عندنا[5]؛ لأن ثمّة قدّمنا الملك على الوطيءلتصيح[6] الاستيلاد، وهنا لاحاجة إلى

---

(١) المرجع السابق.

(٢) راجع للتفصيل «المبسوط» للسرخسي، باب الحميل والمملوك والكافر ١٧/ ١٢٨.

(٣) الاستيلاد لا يتجزآ، والكتابة تتجزآ عند ابي حنيفة، سواء كان بإذن الشريك أوبغيرإذنه، ولا تتجزأ عندهما سواء كان بإذن الشريك أوبغيرإذنه. انظر «المبسوط»١٧/ ١٢٤.

(٤) «المبسوط»١٧/١٢٨.

(٥) وذلك لانه لا يمكن تصحيح الاستيلاد باعتباره، فلا بدمن تقديم الملك على الاستيلاد، وإذا قدّمناه صار وطؤه في ملك نفسه، فلا يجب العقر. «المبسوط» ١٧/ ١٢٧.

(٦) في (ج) و (د): "ليصح".

تقديم الملك على الوطيء، لأن الملك في النصف يكفي لصحة الاستيلاد، ويثبت نسب الأكبر من مدّعى الأكبر بتصادقهما.

والقياس: أن تكون الجارية أمّ ولد له؛ لأن استيلاده سابق[1] إلا أن نفاذ دعوة مدّعي الأصغر كما أقرّ، وصَيرورة الجارية أمّ ولد له صار مانعاً استناد دعوة مدّعي الأكبر إلى وقت العلوق، فبقيَت دعوة مدّعي الأكبر دعوة تحرير، فلم تصر الجارية أمّ ولد له، ويضمن لمدّعي الأصغر نصف عقرها، لأنه أقرّ بوطيء جارية مشتركة، وإذا اقتصرت دعوة مدّعي الأكبر صارت تحريرا للأكبر، فيضمن لشريكه نصف قيمته إن كان موسرا، وسعى الغلام في ذلك إن كان معسرا[2]، كما لو أعتقه من غير دعوى النسب.

ولا يقال: وجب أن يضمن مدّعي الأصغر جميع العقر، وجميع قيمة الأصغر، لأنه أقرّ أنه حين وطئها كانت أمّ ولد لشريكه، فيضمن جميع العقر، ورعتم أنه كان مغرورا في الاستيلاد، وولد المغرور حر بالقيمة.

لأنا نقول: بلى! أقرّ بذلك، إلا أنه صار مكذبا في إقراره شرعا حيث جعلها أمّ ولد له.

وإن بدأ في الإقرار بالأكبر، فقال: الأكبر ابن شريكي والأصغر ابني، وصدّقه الشريك في ذلك، فالجارية أمّ ولد لمدّعي الأكبر، ويضمن مدّعي الأكبر لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها، والولد الأكبر حرّ بغير شيء.

---

(١) "سابق" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «المبسوط» للسرخسي ١٧/ ١٢٨.

أمّا الجارية: أمّ ولد لمدّعي الأكبر، لأنه لما صدّقه استند التصديق إلى وقت الإقرار، وتقدّمت على دعوة مدّعي الأصغر، فتصير أمّ ولد له، كما لو ادّعيا على التعاقب.

أمّا في الفصل الأول: دعوى[1] الأصغر كان سابقا على الإقرار بالأكبر، فإذا صدّقه الأكبر، واستند تصديقه إلىٰ وقت الإقرار، لايُعتبر دعواه سابقا على دعوى الأصغر بل يكون بعده، فكانت الجارية أمّ ولد لمدّعي الأصغر، كما لو ادّعى مدّعي الأصغر، ثم مدّعي الأكبر، فإذا صارت الجارية أمّ ولد لمدّعي الأكبر ههنا، كان حكمه كحكم مدّعي الأصغر في الفصل الأول.

وكان ينبغي أن لا تصحّ دعوة مدّعي الأصغر، لأنه ادّعى ولد أمّ ولد شريكه، وإنما صحّت دعوته استحسانا، لأنه حين ادّعى الأصغر، كانت الجارية مملوكة بينهما[2]، وإنما صارت أمّ ولد لصاحبه بعد التصديق[3]، فيصير مغرورا، فيثبت النسب منه، ويضمن قيمة الولد لشريكه، موسرا كان أومعسرا، وهو والمغرور سواء.

ويضمن عقر الجارية أيضا في رواية هذا الكتاب، لأنه أقرّ أنه وطيء أمّ ولد الغير، وفي رواية قال: يضمن نصف العقر.

قالوا: ليس في المسألة روايتان، بل يجب عليه العقر كاملا، إلا أن صاحبه يضمن نصف العقر أيضا، فصار نصف العقر قصاصا بنصف العقر، يبقى عليه نصف العقر، فما

---

(١) في (ج) و (د): "دعوة".

(٢) في (ج) و (د): "ينهم" وهو خطاء.

(٣) «المبسوط» للسرخسي ١٧/ ١٢٦.

ذكر أنه في بعض الروايات يضمن نصف العقر، فذاك جواب الحاصل[1].

هذا إذا صدّقه الشريك، أمّا إذا كذّبه الشريك: ففي الفصل الأول: وهو إذا بدأ بدعوى الأصغر، فالجارية أمّ ولد لمدّعي الأصغر، وعليه نصف قيمتها ونصف عقرها، ولايضمن من قيمة الأصغر شيئا[2]؛ لأن دعوة مدّعي الأصغر، نفَذت ما وجدت من غير توقّف، ولاتتغيّر بالتصديق والتكذيب.

وأمّا الأكبر: لايثبت نسبه من الشريك عند التكذيب، بقي حكمه حكم عبد بين شريكين، شهد أحدهما على صاحبه بالإعتاق، وأنكر الشريك الآخر، عند أبي حنيفة رحمه الله: يسعي في قيمته لهما على كل حال.

وعند أبي يوسف ومحمد: إن كانا معسرين، أو كان المنكر معسرا، فكذلك، وإن كانا موسرين، أوكان المشهود عليه موسرا سَعى للمنكر، ولايسعى للشاهد[3]، لأن الشاهد يدّعى الضمان، ويبرأ عن السعاية.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: يَسَار المشهود عليه لايمنع الاستسعا، وعندهما: يمنع الشاهد بين الاستسعا ولايمنع الشهود عليه.

وأما إذا بدأ بشريكه، وثني بنفسه، وكذّبه الشريك: ذكر هنا أن الجواب فيه كالجواب في الفصل الأول: تصير الجارية أمّ ولد لمدعي الأصغر، والأصغر حرّ بغير شيء،

---

(١) راجع للتفصيل «المبسوط» للسرخسي، ١٧/ ١٤٢.

(٢) المرجع السابق.

(٣) «المبسوط» ١٧/ ٢٤٦.

ويضمن لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف عقرها، وحكم الأكبر كحكم عبد بين رجلين شهد أحدهما على صاحبه بالإعتاق، لأن الإقرار بنسب الأكبر بطل بالتكذيب، فصار كأن لم يكن.

قيل: هذا على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

أما على قول أبي حنيفة: ينبغي أن لاتصح دعوة مدّعي الأصغر، ولاتصير الجارية أمّ ولد له؛ لأنه أقرّ بإبنية الولد لصاحبه، وأنه حقّ لاينفسخ، فلا يبطل بالتكذيب، كمن أقرّ بنسب ولد جاريته لعبده، وكذّبه العبد، ثم ادّعي لنفسه بعد ذلك، لاتصح دعوته في قول أبي حنيفة، وعندهما تصح، فهذا علي ذلك الخلاف[1].

ـ والله أعلم ـ

---

(١) «المبسوط» ١٧/٢٤٦.

باب من الدعوى والخصومة والاستيثاق للخصم والإقرار عند القاضي

بنى الباب على أن القاضي مامور بالنظر والاحتياط، لأنه نُصب لدفع الظلم، وأيصال الحقوق إلى أربَابها، فيحتاط لا بقائها[1]، ويحترز عن تعطيلها[2].

وفي الباب فصول ثلاثة:

أحدها: أن يكون المدّعَى حقا قائما بالمدّعى عليه، نحو الطلاق، والعـ ق، والدَين، ونحو ذلك.

والثاني: أن يكون منقولا.

والثالث: أن يكون عقارا.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: إذا تقدّم الخصمان إلى القاضي، فادّعى أحدهما على صاحبه مالاً أو حقاً، وجَحَد خصمه، فأقام البينة على ذلك، وطلب من القاضي أن يكفل المدّعى عليه، فالقاضي يُجيبه إلى ذلك، ويأمر بإعطاء الكفيل بنفسه[3]، وهذا استحسان.

والقياس أن لا يأمر، لأن إعطاء الكفيل تبرّع، والإنسان لايجبر على التبرّع، ولأن

---

(١) في (ج) و (د): "لإحيائها".

(٢) انظر أدب القاضي من «المبسوط» للسرخسي ١٦/ ٦٠ ـ ٦٦، وراجع ص .

(٣) وتمامه في تكملة «فتح القدير» ٧/ ١٨١.

فيه ترجيح جانب المدّعي علي المدعى عليه قبل ظهور الحق[1].

وجه الاستحسان: أن القاضي مأمور بالقضاء عند ظهور العدالة، ولو لم يكفل ربما تَغيّب، والقضاء لايجوز إلا بحَضرة الخصم[2]، فيتعذّر عليه القضاء، وليس في التكفيل كبيرُ ضررٍ بالمدعى عليه، لأنه إن لم يكن من قصده الاختفا لايتضرّر، وإن كان قصده الاختفا، كان ظالما، فلاينظر له، فيكفله احتياطا[3].

وإن طلب التكفيل قبل إقامة البينة، هل يجيبه القاضي إلى ذلك؟ فالمسألة على وجهين:

إن قال: بيّنتي غائبة، لايجيبه[4]، لأنه عسى يجد بينةً، وعسى لايجد، فيتضرّر المدعى عليه بالتكفيل من غير نفع ظاهر.

وإن قال: بيّنتي في المصر، القياس أن لايجيبه القاضي إلى ذلك، لأن الحق لايثبت بمجرّد الدعوى[5]، فكان الحال بعد الدعوى كالحال قبله، وقبل الدعوى لايكفله.

وفي الاستحسان: يكفله[6]، لأن المدعي قد لايُحضر الشهود في الابتداء لرجاء

---

(١) راجع للتفصيل: تكملة «فتح القدير» ٧/ ١٨١.

(٢) إن أخذ الكفيل مما اختلف فيه السلف، روي عن قتادة والشعبي أنه لا يجوز، وروي عن ابراهيم النخعي أنه يجوز، وهذا هوالاستحسان الذي أخذبه الحنفية. انظر تكملة «فتح القدير» ٧/ ١٨١.

(٣) تكملة «فتح القدير»، ٧/ ١٨١.

(٤) المرجع السابق.

(٥) وفيه نظر وترجيح لجانب للمدعي. تكملة «فتح القدير»، ٧/ ١٨١، «البحر الرائق» ٧/ ٢١٠.

(٦) كذا في «البحر الرائق»، ٧/ ٢١٠.

الإقرار، فإذا جَحد الخصم يحتاج إلى البينة، فلولم يكفل ربما تغيّب، فلايتوصّل إلى حقه، ولو كفله إلى إقامة البينة، لايتضرّر المدعى عليه ضررا ظاهرا[١]، فيكفله، ويمهله لإحضار الشهود بقدر ما يرى[٢].

ألا تري أن في الابتداء يستحضره لسماع الدعوى احتياطا لإحياء الحقوق، فكذلك التكفيل.

وإنما يكفله بطلب المدّعي؛ لأن حقوق العباد لاتستوفى إلا بطلبهم، ولهذا قالوا: إن القاضي لايأمر المدعى عليه بجواب الخصم إلا بطلب المدعي[٣].

وحكي: أن رجلا ادّعى على بِشر بن غياث[٤] شيئا عند القاضي، فقال القاضي

---

(١) وهذا لأن الحضور مستحقٌ عليه بمجرد الدعوى، حتى يُدعى عليه، ويحال بينه وبين أشغاله، فصح التكفيل بإحضاره. تكملة «فتح القدير» ٧/ ١٨١. «البحر الرائق» ٧/ ٢١٠.

(٢) قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه في خطابه الشهير الذي كتبه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه ووجّه فيه اسس قيّمة لنظام القضاء: «اجعل للمدعي أمدا ينتهي إليه، فإن أحضر بينة، آأخذ بحقّه، وإلا وجّهت القضاء عليه، فإن ذلك أجلى للعمى وأبلغ في العذر» وعلّق عليه الأمام السرخسي قائلا: فيه دليل على أن القاضي، عليه أن يهمل كل واحد من الخصمين بقدر ما يتمكّن من إقامة الحجة فيه، حتى إذا قال المدعي: بينتي حاضرة، أمهلّه، ليأتي بهم، فربما لم يأت بهم في المجلس الأول بناء على أن الخصم لايُنكر حقه لوضوحه، فيحتاج إلى مدة ليأتي بهم. انظر «المبسوط» ١٦/ ٦٣، و «فتح القدير» ٧/ ١٥٩.

(٣) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٤٦.

(٤) هو بِشر بن غياث بن عبد الرحمن المرِيسى، تقدم ترجمته في كتاب الوكالة، ص ١٠٤٦.

لبشر: أجب خصمَك، فقال بشر: حرام عليك مسألتي، وحرام عليّ إجابتك، وإنما قال ذلك؛ لأن القاضي أمرَه بجواب الخصم قبل طلب المدعي.

وحكى ابن سماعة[1] عن محمد رحمه الله: أنه قال: لو كان الخصم لايهتدي إلى ذلك، أو يدخله حَصر لمهَابَة القاضي، لابأس للقاضي أن يسأله الجواب من غير طلب الخصم؛ ليكون إعانةً للعاجز عن استيفاء الحق[2].

وينبغي أن يكون الكفيل معروفا: معروف الدار، معروف التجارة[3]، ليحصل التوثّق[4].

---

(١) هو محمد بن سَماعَة التميمي، تقدم ترجمته في ص ٥٨.

(٢) يدل عليه قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه فيما كتبه إلى معاوية رضي الله عنه، في أمر القضاء، حينما كان عاملا بالشام: "الزم خمس خصال، يسلم لك دينك وتأخذ فيه خطك"... ثم ذكر فيه: وأدن الضعيف حتى يشتدّ قلبه، و ينبسط لسانُه" يقول السرخسي معلقا عليه: لم يُرد بهذا الأمر تقديم الضعيف على القوي، وإنما أرادالأمر بالمساواة، لأن القوي يدنو بنفسه لقوته، والضعيف لا يتجاسر على ذلك، والقوى يتكلم بحجته، وربما يعجز الضعيف عن ذلك، فعلى القاضي أن يدني الضعيف، ليساويه بخصمه حتى يقوي قلبه، وينبسط لسانه، فيتكلم بحجته. «المبسوط» ١٦/ ٦٦.

(٣) ينبغي أن يكون الكفيل ثقة، كما نقله ابن نجيم عن «الفتاوى البزازية» وفسّره بأن لايختفي نفسه، ولايهرب من البلد، بأن تكون له دار معروفة وحانوت معروف، لايسكن في بيت بكراء يتركه ويهرب، وفسّره في «شرح المنظومة»: بأن يكون معروف الدار معروف التجارة، ولايكون لحوحا معروفا بالخصومة، وأن يكون من أهل المصر، لاغريب. «البحر الرائق» ٧/ ٢١١.

(٤) كما يصح أن يكون الواحد كفيلا بالنفس، و وكيلا بالخصومة، لأن الواحد يقوم بهما. تكملة

فإن أعطاه كفيلا ثقةً لكنه ليس بتاجر، فقال: المدّعي أريد كفيلا تاجرا معروفا عند الناس، لايلتفت إليه، لأن المقصود وهو الاستيثاق، يحصل بالكفيل إذا كان ثقةً لايخاف منه الهرب، فما وراء ذلك من شهوات النفس، ولا غاية لها.

فإن امتنع من إعطاء الكفيل، يُجبره القاضي على ذلك، وليس الجبر ههنا بالحبس[1]؛ لأن الحبس نهاية في العقوبة، لو امتنع عن أداء المال بعد القضاء، لايعاقبه إلا بالحبس.

ولا يَحبسه قبل ظهور الحق[2]، لكن يأمره بالملازَمة، وليس تفسير "الملازَمة": هو المنع عن الذهاب؛ لأنه حَبس، لكن يذهب المدّعي مع المدّعى عليه، ويدور معه أينما دار كيلا يغيب[3].

فإذا انتهى إلى باب داره، وأراد الدخول، يستأذنه المدعي في الدخول، فإن أذن له يدخل معه، ويسكن حيث يسكن، وإن لم يأذن له بالدخول يجلسه على باب داره، ويمنعه من الدخول كيلا يختفي[4].

«فتح القدير» ٧/ ١٨١.

(١) في (ج) و (د): "بالجس".

(٢) أي قبل أن يظهر الحق بالإقرار أو بالبنية.

(٣) انظر تفسير "الملازمة" تكمله «فتح القدير» ٧/ ١٨٢، «ردّ المحتار» ٤/ ٣٥٦. باب الحبس.

(٤) لكن أحسن تفسير للملازمة هو ما ذكره ابن عابدين في حاشيته بقوله: وأحسن الأقاويل في الملازمة ما روي عن محمد أنه قال: يلازمه في قيامه وقعوده، ولا يمنعه من الدخول على أهله، ولا من الغداء والعشاء والوضوء والخلاء، وله أن يلازمه بنفسه وإخوانه وولده، ممن أجب. راجع

فإن كان المدعى عليه امرأة، لايحفظها بنفسه، لكن يستأجر امرأة ثقةً حتى تحفظها[1].

وإن طلب المدعي أن يعطيه كفيلا بنفسه، ووكيلا بالخصومة، أجابه القاضي إلى ذلك؛ لأنه لو أعطاه كفيلا بنفسه، وغاب، لايمكنه القضاء على الكفيل، فتمام[2] النظر لايحصل إلا بالتوكيل،

ويجوز أن يكون الكفيل والوكيل واحدا لحصول المقصود[3].

فإذا أعطاه كفيلا بنفسه، وامتنع عن التوكيل لايجبره القاضي، ولايأمره بالملازَمة، لأنه لما أعطاه كفيلا، فقد أوفاه حقّه، وحصل التوثّق[4].

وإن أعطاه وكيلا بالخصومة، وامتنع عن إعطاء الكفيل، أجبره القاضي على إعطاء الكفيل؛ لاحتمال أن يغيب الوكيل والمدعي عليه، فلايحصل المقصود[5].

وإن أعطاه وكيلا بالخصومة، وكفيلا بنفس الوكيل، قُبل ذلك منه في سائر الحقوق لحصول المقصود[6]، وهو التوثّق، ولايقبل في الدَين؛ لأنه وإن قضى القاضي على

«ردّ المحتار» ٤/ ٣٥٦.

(١) «ردّ المحتار» ٤/ ٣٥٦.

(٢) "فتمام" ساقط من (ج) و (د).

(٣) انظر تكملة «فتح القدير» ٧/ ١٨١.

(٤) راجع «الكفاية» شرح الهداية ٧/ ١٨١.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق.

الوكيل، لايمكنه استيفاء المال من الوكيل، فيحتاج إلى أن يأخذ كفيلا بنفس المدعى عليه حتى يحضره؛ فيستوفي[١] منه المال[٢].

وإن أعطاه وكيلا، وكفيلا بنفس الوكيل، وكفيلا بالمال المدّعى به، لايقبل منه، إلا أن يرضي[٣] به المدعي؛ لأن الناس يتفاوتون في الأداء؛ فربما يكون الاستيفا من الأصيل أيسَر، فلا يقبل ذلك إلا برضى المدعي[٤].

وإن كان الدعوى في عَينٍ فاته، يأخذ مع ذلك كفيلا بالعين المدّعى به[٥]؛ لأنه كما لايمكنه القضاء إلا بحضرة الخصم، لايمكنه القضاء إلا بحضرة العين المدعى به، فلو لم يأخذ منه كفيلا [بالعين][٦] المدعى به، ربما تغيّب ذلك العين، فيتعذّر القضاء، فإن لم يُعطِ كفيلا بالعَين، كان للمدعي أن يلازم ذلك العَين كيلا يغيبه.

فإن أعطاه وكيلا بالخصومة، وكفيلا بنفس الوكيل، وسلّم العين المدعى به إلى الوكيل، لايقبل ذلك منه، حتى يعطيه كفيلا بالعين المدعى به؛ لأنه كما يتوهّم تغييب العين من الأصيل، يتوهّم تغييبه من الوكيل، دفعا للخصومة عن نفسه، فيأخذ منه كفيلا بذلك

---

(١) في (ج) و (د): "ليستوفي".

(٢) راجع الكفاية شرح الهداية ٧/ ١٨١.

(٣) في (ج): "رضي".

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

العين، أو يضعه على يدَي عَدل[1].

فإن كانت الدعوى في العقار، فأعطاه المدعى عليه كفيلا بنفسه، ووكيلا بالخصومة، أو أعطاه وكيلا بالخصومة، وكفيلا بنفس الوكيل، قُبل ذلك منه؛ لأن العقار لايقبل التغييب، ولايشترط إحضاره في مجلس القضاء، فلايحتاج إلى الكفيل بالمدعى به.

وإن غاب المدّعى عليه بعد ما جحَد، وأقيم عليه البينة، ثم عُدّلت البينة، لايقضى عليه حال غَيبته[2].

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يقضى عليه، لأن حضرته شرط لإنكاره، ولسماع البينة[3]، وقد تحقّق، فيجوز القضاء، كما لو أقرّ، ثم غاب[4].

وجه ظاهر الرواية: أن حَضرة المقضيّ عليه إنما كان شرطا؛ ليكون القضاء على من كان في ولايته، والغائب ليس في ولايته، ولأنّ صيانة القضاء عن البطلان واجبٌ ما أمكن.

فلو قضى عليه حال غيبته، ربما ياتى المدّعى عليه بمايبطل قضاءهُ، بأن يثبت أن

---

(١) راجع الفتاوى الشامية ٤/ ٤٧٥.

(٢) انظر «فتح القدير» ٧/ ٢٨٨-٢٨٩.

(٣) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "وإسماع البينة".

(٤) وكان بو يوسف يقول أولا: لا يقضي بالبينة والإقرار على الغائب جميعا، ثم رجع لما ابتلى بالقضاء، وقال: يقضى فيهما جميعا. راجع «فتح القدير» ٧/ ٢٩٥.

الشهود كانوكفارا، أوعبيداً، أولهم شركة في المال المدعى به، فيبطل القضاء[1].

ولأن القاضي مامور بالنظر للكل، ومن أسباب الدفع ما يُسمَع قبل القضاء، ولايُسمع بعده، فلو جاز القضاء حال غَيبته قبل عجزه عن الدفع، لايمكنه التدارك، فيؤدّي ذلك إلى ابطال حقه.

بخلاف الإقرار: فان به لا يقبل منه ما يُبطل إقراره، إنما يقبل منه دعوى الإيفاء والإبرء، وذاك لايبطل بالقضاء، فيجوز القضاء[2] حال غيبته[3].

قال: ألا ترى أن المرأة إذا ادّعت [الطلاق][4] على زوجها، أو ادّعت الأمة العتق على مولاها، وأقامت البينة، فغاب المدعى عليه، لايقضى عليه بتلك البينة، ولو أقرّ ثم غاب، يقضى عليه بإقراره.

---

(١) راجع «فتح القدير» باب من لا تقبل شهادته، ٧/ ٢٨٨.

(٢) قوله: "فيجوز القضاء" ساقط من (ج) و (د).

(٣) انظر «فتح القدير» ٧/ ٢٩٠.

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

باب ما يكون فيه خصما إذا لم يعلم ثم لاتردّ خصومته إذا علم وما لايكون فيه خصماً إذا علم قبل القضاء

بنى الباب على أصول ظاهرة:

أحدها: أن المدعى عليه إذا أقرّ بما يجعله خصماً ثم ادّعى ما يخرجه من أن يكون خصماً، لايقبل؛ لأنه يُبطل حقاً أقرّ به، ولايتمكّن من ذلك إلاّ بتصديق المدعي.

والثاني: أن البينة على حقوق العباد لاتقبل إلاّ من [خَصم][1] حاضرٍ على خصم حاضر.

والثالث: أن القضاء بالملك المطلق قضاء على المدعى عليه، وعلى من تلقّى الملك منه.

وفي الباب فصول ثلاثة: فصل في دعوى الملك المطلق، وفصل في دعوى الملك بسبب مؤرّخ، وفصل في الشفعة.

أما الأول: قال محمد رحمه الله: رجل ادّعى داراً في يدِ رجل أنها له، وأقام البيّنة، فقال المدعى عليه: هي لفلان، بعتها منه منذ شهرٍ، وقبضها مني، ثم أودَعَنيها، وغاب، فإن القاضي يسأل المدعي عن دعوى صاحب اليد: إن صدّقه في ذلك، لاخصومة

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

بينهما حتى يحضر المشتري[1]؛ لأنه أقرّ أن يدَه يدَ وديعة، لايدَ خصومة.

وإن كذّبه، وعلم القاضي بالبيع والإيداع فكذلك؛ لأن علم القاضي فوق تصديق الخصم.

وإن لم يعلم القاضي بذلك، فقال ذو اليد: أنا أقيم البينة على ما قلت، لايلتفت إليه[2]؛ لأنه أقرّ أنه كان خصماً في الزمان الماضي، ثم ادعى إخراج نفسه عن الخصومة ببيعٍ جرَى بينه وبين الغائب، والقضاء بالبيع على الغائب لايجوز إلا بمحضَر من الخصم، أو بحضرة من قام مقامَه[3]، ولم يوجد.

أما صاحب اليد: فلأنه يُثبت بيعاً جرى بينه وبين [الغائب][4]، والإنسان فيما يدّعي لنفسه على الغائب، لايكون خصماً عن الغائب، والمدعي لايصلح خصماً عن الغائب أيضاً؛ لأنه ليس بينهما اتصال بسبب حتى يكون خصماً عنه، فيتعذّر القضاء بالبيع، ومالم يثبت البيع، لايخرج من أن يكون خصماً للمدعي، وإذا لم تندفع عنه الخصومة يقضى بالدار للمدعي[5].

فإن حضر الغائب بعد ذلك، وادّعى أن الدار له، وأقام البينة على المقضيّ له، فإن

---

(١) فلا يكون المدعى عليه خصما، لأنه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة، وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم. راجع للتفصيل تكمله «فتح القدير» ٧/ ٢٢٣.

(٢) راجع تكملة «فتح القدير» ٧/ ٢٢٦.

(٣) انظر «ردّ المحتار» ٤/ ٣٧٣.

(٤) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د)، وفي الأصل: "بين البائع"، وما ثبت أولى.

(٥) راجع تكملة «فتح القدير» ٧/ ٢٢٦-٢٢٧.

القاضي يسأله: من أيّ وجه صارت له، فإن قال اشتريتها من ذي اليد، لاتسمع دعواه؛ لأن القاضي قضى بالملك على ذي اليد، والقضاء عليه قضاءٌ على من تلقّى الملك منه، والمدعى عليه لو أقام البينة على الملك بعد[1] القضاء، لاتقبل بينته، فكذلك من ادّعى الشراء منه[2].

وإن لم يبيّن الذي حضر سبباً لملكه، وأقام البينة أنها له، قُبلت بينته، ويقضى بالدار له[3]؛ لأن القضاء على ذي اليد لايتعدّى إلى غيره إذا لم يتلقّى الملك من جهته، ولهذا لو ادّعى واحد من عرض[4] الناس على المقضيّ له، وأقام البينة على الملك المطلق، قُبلت، فكذالك الحاضر.

وإن حضر الغائب قبل القضاء للمدعي، لم يذكر في الكتاب، والجواب: أنه لو ادّعى ملكاً مطلقا، صارا كخارجين[5].

وإن ادعى أنه اشتراها من ذي اليد منذ شهر، وأقام البينة، قُبلت بينته لدفع بينة المدعى؛ لأن بينة الحاضر تُثبت أن بينة المدعى قامت على غير الخصم، ويقال للمدعي: أعد الشهود على الحاضر إن شئت[6].

---

(١) في (ج) و (د): "على بعد القضاء".

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر تكملة «فتح القدير» ٧/ ٢٢٦.

(٤) في (ج) و (د): "عوض الناس"، وهو خطأ.

(٥) راجع للتفصيل «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٤٨.

(٦) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٤٩.

وأما الفصل الثاني:

رجل في يديه دار، ادّعى رجل أنه اشتراها من ذي اليد منذ سنة، وقال صاحب اليد: هي لفلان بعتها منه منذ شهر، و سلّمتها[1] إليه، ثم أودَعنيها، وغاب، فإن القاضي يسأل المدعي عمّا قال صاحب اليد، إن صدّقه فيما قال، فلاخصومةَ بينهما حتى يحضر الغائب، لما قلنا، وكذا إذا جَحد، وعلم القاضي[2]، لما قلنا.

وإن لم يكن شيء من ذلك، وأراد صاحب اليد أن يقيم البينة على ما قال، لاتقبل بينته لما مرّ، فإن أقام المدعي البينة على ما ادّعى[3]، ثم حضر الغائب قبل القضاء، وأقام البينة على ماقال صاحب اليد، قُبلت بينته[4]؛ لأنها تُثبت أن بينة المدعي قامت على غير الخصم، فتبطل بينة المدعي.

فإن أعاد المدعى بينته على الحاضر، يقضى له لسَبق شرائه، فإن حضر الغائب بعد ماقضى للمدعي، لاتقبل بينته لأن قضاء القاضي بشراء المدعي منذ سنة يُبطل كلّ بيع كان بعده، فلاتقبل بينته إلاّ أن يدعي شراء قبل سنة، فيقضى له؛ لأنه أسبق[5].

---

(١) في (ج) و (د): "ثم سلّمتها".

(٢) راجع تكمله «فتح القدير» ٧/ ٢٢٦.

(٣) في (ج) و (د): "من ادّعى".

(٤) تكملة «فتح القدير» ٧/ ٢٢٦-٢٢٧.

(٥) وذلك مبني على قاعدة معروفة: وهي "أن الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات". انظر تكملة «فتح القدير» ٧/ ٢٣٥.

وأما الفصل الثالث:

رجل اشترى دارا، وقبضها من الشفيع، وطلب الشفعة، وأقام البينة على المشتري، فقال المشتري: بعتها من فلان بكذا، وسلّمتها إليه، ثم أودَعنيها، وغاب، فإن القاضي يسأل الشفيع عمّا قال، فإن صدّقه، أو جَحد، وعلم القاضي بالبيع والتسليم، لاتقبل بينة الشفيع عليه؛ لأنه مودع، وإن كذّبه، ولم يعلم القاضي بذلك، فأقام البينة على ما ادّعى، لاتقبل بينته، لما قلنا.

فإن قضى بالشفعة، ثم حضر الغائب، وأقام البينة على الشراء، لاتقبل بينته؛ لأن القاضي لما قضى بالشفعة، وحق الشفيع مقدم على حق المشتري، صار المشتري مقضيًا عليه بحقٍ سابقٍ على شرائه، فيبطل البيع الثاني ضرورة[1].

وإن حضر الغائب قبل أن يقضى للشفيع، وأقام البينة على أنه اشتراها من المشتري، قُبلت بينته؛ لأنه أثبت ببيّنته أن بينة الشفيع قامت على غير خصم، فإن أعاد الشفيع البينة، قبلت بينته، ويأخذ بأيّ البيعين شاء، كما لو ثبت ذلك عيانا.

وكذا لو صدّق الشفيع المشتريَ فيما قال قبل القضاء بالشفعة، بطلت بينة الشفيع؛ لأنه أقرّ أن بينته قامت على غير خصم، وإن صدّقه بعد القضاء بالشفعة، لايبطل القضاء بالشفعة؛ لأن القضاء بالشفعة نَقضٌ لكل عقدٍ باشَره المشتري، فإنما أقرّ الشفيع بشراء منتقَض، فلايعتبر هذا الإقرار.

---

(١) و نظائرها كثيرة، راجعها في دفع الدعوى من «ردّ المحتار» ٤/ ٤٨٣ و ٥/ ١٦٠، و«تكملة فتح القدير» فصل فيما لا يكون خصما ٧/ ٢٢٦-٢٢٧.

وهذا على أصل أبي حنيفة رحمه الله ظاهر؛ لأن القضاء بالشفعة بمنزلة القضاء بالبيع[1]، وهو قضاء بنقض البيع الثاني الذي يدّعيه المشتري، فينفذ ظاهرا وباطنا.

وأما على قولهما: كان ينبغي أن يردّ هذا القضاء؛ لأنه أقرّ أنه وقع بغير حق، وإنما لايردّ؛ لأن فيه قضاء بنقض البيع الثاني على الغائب، وأنه مجتهَد فيه، فلايبطل[2].

ـ والله أعلم ـ[3]

---

(١) «المبسوط» للسرخسي ١٧/ ١٦٩.

(٢) انظر «المبسوط» ١٧/ ١١٢.

(٣) ورد في الأصل بعد هذا: تمّ كتاب الدعوى.

كتاب الإقرار

ما لايصدّق فيه المؤاجر على نقض الإجارة والمرأة على زوجها والمحبوس على ربّ الدين والمريض على غرمائه

بنى البابَ على أصول ثلاثة:

أحدها: أن الإجارة تُفسخ بالأعذار عندنا[1]؛ لأنه لايتمكّن من استيفاء المعقود عليه إلا بضرر.

وقال الشافعي: لاتُفسخ؛ لأنه إبطال حق الآخر[2].

---

(١) يقول الإمام الطحاوي: ليس للمؤاجر نقض الإجارة فيه إلى انقضاء تلك المدة إلا من عذر» واستدل له الجصاص بقوله تبارك وتعالى: ﴿يا أيّها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [المائدة: ١]، وقول الرسول ﷺ: «المسلمون عند شروطهم» (أخرجه البخاري والترمذي وأبوداود) وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فظاهره يقتضي وجوب استحقاق الأجر بالرضاع، سواء اختار الزوج فسخ الإجارة أو لم يختر. راجع «مختصر الطحاوي» ص ١٣٠، وينظر تفصيل الأدلة في «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص، القسم الثاني، ١/ ٣٨٤. و «المبسوط» ١٦/ ٢.

(٢) يرى الشافعية وهو رأي الحنابلة والمالكية أن الإجارة عقد لازم كالبيع، لاتنفسخ بالعذر، وإنما تنفسخ الإجارة فقط عند فوات المعقود عليه وهو المنفعة، أو وجود العيب بها. يرجع للتفصيل:

وقال شريح[1]: تفسخ بعذر، وبغير عذر[2]، وهي تعرف في الأصل.

و«العذر»: "أن لايمكنه الجَري علىٰ موجَب العقد إلابضرر يلحقُه في غير المعقود عليه"[3]؛ لأنه لم يلتزم ضرراً لم يتناوله العقد.

والثاني: أن الإقرار إذا صادَف حق المقرّ نفَذ، وإن تعدّى ضررُه إلى الغير، وإن

«كتاب الأم» ٤/ ٣٠، «بداية المجتهد» ٢/ ٢٢٧، «مغني المحتاج» ٢/ ٣٥٥، «المغني» ٥/ ٤٠٩، «المهذب» ١/ ٤٠٥.

(١) هو الإمام القاضي شريح بن حسن بن الحارث بن قيس، أبو أمية، الكندي، القاضي، التابعي، أدرك النبي صلى الله عليه وسلم، ولم يلقه، وقيل لقيه.
استقضاه عمر على الكوفة، وأقروه بعده فبقي على قضائها ستين سنة إلى زمن الحجاج، وتوفي سنة ٧٦ هـ، وقيل ٧٨ هـ، وله «١٢٠» سنة وكان قائفاً وشاعراً. انظر ترجمته: في أخبار القضاة ٢/ ١٣٣، وطبقات ابن سعد ٦/ ٥٠، والبداية والنهاية ٣/ ٧٧، ٢/ ٥٦٢، وحلية الأولياء ٤/ ١٣٣. صفة الصفوة لابن الجوزي، تحقيق: محمود فاخوري ومحمد رواس قلعجي ٣/ ٣٧.

(٢) نسب إليه هذا القول الإمام الجصاص في شرحه فقال: ومن السلف مَن يرى نقضها من غير عذر، وأحسبه قول شريح. «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص، القسم الثاني، ١/ ٣٨٤.

(٣) قال أبو البقاء الكفوي: "العذر" في الأصل: تحرّي الإنسان ما يمحو به ذنوبه بأن يقول: لم أفعله، أو فعلت لأجل كذا، أو فعلت ولا أعود، وهذا الثالث توبة. فكل توبة عذر بلاعكس. «الكليات» ص ٦٤٤، وعرّفه الجرجاني بأن العذر: ما يتعذّر عليه المعنى على موجب الشرع إلا بتحمّل ضرر زائد. «التعريفات» مادة رقم: ٩٦٠، ص ١٩٢. ونقل في القاموس الفقهي عن ابن حجرفي تعريفه: هو الوصف الطارئ على المكلف المناسبُ للتسهيل عليه، ص ٢٤٥. نلاحظ أن تعريف قاضي خان للعذر أكثر وضوحا وأدقّ صياغة ومعنى.

صادف حقَّ الغير لاينفذ.

والثالث: أن الحَجر على الحرّ باطل في قول أبي حنيفة رحمه الله، خلافاً لصاحبيه رحمهما الله، والمسألة معروفة.

وفي الباب فصول أربعة: الإجارة، والنكاح، والحجر، وإقرار المجهول بالرقّ.

أما الأولّ: قال محمد رحمه الله: رجل آجَر أرضَه من رجل عشر سنين أو أكثر بأجرٍ معلومٍ إلى أجل معلوم، فهو جائز لاستجماع شرائط الجواز[1].

أما جواز الإجارة: فهو ثابت بكتاب الله تعالى، وإجماع الأمّة[2]، وقال بعض الناس: لايجوز، وإنه قول مردود؛ لكونه مخالفاً للكتاب، وإجماع الأمة.

أما جوازها عشر سنين أو أكثر: مذهب أصحابنا[3]، وقال الشافعي: لاتجوز الإجارة أكثر من ثلاث سنين[4]، وظاهر الكتاب في قصة موسى وشعيب عليهما السلام

---

(١) راجع «المبسوط» ١٥/ ١٣٢، مختصر الطحاوي ص ١٣٢.

(٢) انظر كتاب الإجارات من «الإجماع» بان المنذر ص ١٠٠

(٣) راجع «المبسوط» ١٥/ ١٣٢، «بدائع الصنائع» ٤/ ١٧٩، تكملة فتح القدير ٧/ ١٥٠.

(٤) للشافعية فيه عدة أقوال: في بعضها أنه لايجوز أكثر من سنة، وفي بعضها أنه لايجوز أكثر من ثلاثلاث سنين. وبعضها أنه لايجوز أكثر من ثلاثين سنة. لكن الصحيح وأظهر أقوال الشافعي أنه تصحّ الإجارة على أيّ مدة، طالت أو قصرت بعد أن كانت معلومة، وهو قول أكثر العلماء، والشافعية نصّوا على صحة عقد الإجارة مدة تبقى فيها العين غالبا بحسب رأي أهل الخبرة، ولايقدّر للإجارة أقصى مدة، إذ لادليل عليه من الشرع. انظر «المجموع» ١٥/ ٢٦٦، «المهذب» ١/ ٣٩٦، «مغني المحتاج» ٢/ ٣٤٩ «مختصر اختلاف العلماء» للجصاص ٤/ ١٢٠.

حجّة عليه.

وأما جواز التاجيل في الأجرة؛ لأنها دَين لايجب قبضه في المجلس، فيجوز فيه التاجيل، كثمن المبيع.

قال: وليس لربّ الأرض أن ينقض الإجارةَ بغير رضى المستأجر إلا بعذر(١)، لما ذكرنا في أصل الباب.

ومن الأعذار: أن يلحقه دَين [قادح](٢) لاوفاء له إلامن ثمن الأرض(٣)؛ لأنه لايتمكّن من إمضاء العقد إلابضرر لم يلتزم(٤)، وهو ضرر الملازَمَة، والمطالَبة، والحبس بالدين؛ ولأنه اجتمع ههنا حقان: حق ربّ الدين في قضاء الدين، وهو من ثمنه، وحق المستأجر في الإجارة، وحق صاحب الدين أقوى؛ لأنه لايسقط بعذر، ولايبطل بالموت، وحق المستأجر يبطل، فيتحمّل الأدنى لدفع الأقوى(٥).

---

(١) راجع «ردّ المحتار» ٥/ ٢٥.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) ذكر الإمام الطحاوي بعض الأعذار المقبولة: ومن العذر في ذلك من المستأجر، قيامه من السوق وتركه التجارة، ومن العذر في ذلك من قبل المؤاجر أن يحبسه القاضي في دين عليه، ولايكون له مال سوى الحانوت، ويرى القاضي بيعه في دينه، فيبيعه، فيكون بيعه إياه فسخا للإجارة فيه. «مختصر الطحاوي» ص ١٣٠. وانظر تفصيل الأعذار في نقض الإجارة وما يتفرّع عليها من مسائل «المبسوط» ١٦/ ٢-٥.

(٤) انظر «الفتاوى البزازية» على هامش «الفتاوى الهندية» ٥/ ١١١.

(٥) في (ج) و (د): "لدفع الأعلى".

ثم ذكر ههنا أنه لايصحّ النقض إلابقضاء أو رضى، وأشار في "الإجارات"، و"المزارعة" إلى أن الآجر ينفردّ بالفسخ من غير قضاء القاضي، والأصحّ ما ذكر ههنا لوجهين:

أحدهما: أن فسخ الإجارة بالعذر مجتهَد فيه، فكل واحد منهما يتمسّك بنوع دليل، فلايتمّ ذلك إلابقضاء أو رضى[1]، كالردّ بالعيب بعد القبض، وفسخ النكاح بخيار البلوغ، والرجوع في الهبة.

والثاني: أن العذر قد يكون مشتَبهاً، فيشترط القضاء لزوال الاشتباه حتى لو كان العذر ظاهرا بأن استأجر إنسانٌ طبّاخاً لوليمة، ومات العروس، أو لقطع يد لوقوع الأكلة، فبرأت يده، أوما أشبه ذلك، لايحتاج إلى القضاء[2].

ثم إذا أراد أن يفسَخ ليَبيع بالدين، كيف يفسخ؟ يفسخ الإجارةَ أوّلاثم يبيع؟ أو يبيع فيكون ذلك فسخاً للاجارة؟ تكلّموا فيه:

قال بعضهم: يفسخ الإجارة أولاثم يبيع؛ لأن حق المستأجر يمنع التسليم، فلايصحّ البيع قبل انتقاض الإجارة، إلاأنه لايفسخ قبل حضور المشتري.

وقال بعضهم: يبيع أوّلاثم يفسخ الإجارة عند التسليم، وظاهر ماذكر ههنا يدلّ على هذا[3]، ووجه ذلك أنه لاحقّ للغريم في نقض الإجارة، إنما حقّه في قضاء الدين

---

(١) انظر «ردّ المحتار» ٥/ ٥٢-٥٣.

(٢) المرجع السابق، وانظر «بدائع الصنائع»٦/ ١٨٣.

(٣) الإمام الكاساني رجّح هذا القول، وقال: فيبيع القاضى بدينه اولا ثم يفسخ المزارعة ولا تنفسخ بنفس العذر. «بدائع الصنائع»٦/ ١٨٣

والبيع لأجل ذلك.

وهذا على الرواية التي تجوز بيع المستأجر، ويمتنع التسليم قبل انفساخ الإجارة، ويخيّر المشتري إذا علم بالإجارة، إن شاء فسخ البيع، وإن شاء صبر المشتري إلىٰ أن تنفسخ الإجارة فيأخذ، كان له ذلك، فلهذا يباع أولا، ثم يفسخ لأجل التسليم.

فإن طلب الآجر من القاضي أن ينقض الإجارة قبل البيع، لاينقض القاضي، لما قلنا إنه لا حقّ للآجر والغريم في فسخ الإجارة، إنما حقه في البيع، فلو نقض قبل البيع ربما لايتفق البيع، فيصير النقض مقصودا، وذلك باطل[1].

فإن كان المؤاجر باعها قبل أن يتقدّموا إلى القاضي، ثم تقدّموا إلى القاضي، فإن القاضي يمضي البيع، وينقض الإجارة، لما قلنا، ويأخذ الثمن من المشتري، ويوفي به حق الغريم، ويسقط الأجر عن المستأجر حين نقض القاضي الإجارة لانفساخ الإجارة.

وإلى أن ينقض القاضي الإجارة، فالأجرة واجبة على المستأجر قبل البيع وبعده لبقاء الإجارة، والتمكّن من الانتفاع بقيام يده، ويكون الأجر طيبا للآجر؛ لأن المنافع استُوفيت على ملكه بحكم إجارة جائزة، بخلاف الغاصب إذا أجر المغصوب وسلّم حيث يجب له الأجر، ويلزمه التصدّق به؛ لأن ثَمّة استوفيت المنافع بحكم عقد حرام، فلايطيب له الأجر[2].

وكذا لو كان القاضي أمر الآجر بالبيع فباع، يجب الأجر على المستأجر إلى أن يبيع، لأن أمر القاضي إيّاه بالبيع أمر بالنقض، وليس بنقض، فما لم يبع لاتنتقض الإجارة.

---

(١) «بدائع الصنائع» ٥/ ١٨٤.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨٣.

وهذا إذا كان دين الآجر ظاهرا، فإن لم يكن ظاهرا، فأراد الآجر أن ينقض الإجارة وأبى المستأجر، فأقرّ الآجر لرجل بدَين كبير يأتي على قيمة الأرض والأجر، وصدّقه المقرّ له، وكذّبه المستأجر، صحّ إقراره في قياس قول أبي حنيفة، وتُباع الأرض، ويوفّى دَين الغريم.

وعلى قول صاحبيه لايصحّ إقراره علي المستأجر، ولاتنقض الإجارة[1].

لهما أن هذا إقرار يبطل حق المستأجر، فلايصدّق عليه، كما لو أقرّ الآجر برقبة الأرض لإنسان، وصدّقه المقرّ له، وكذّبه المستأجر.

ولأبي حنيفة أن إقراره صادف حقّ المقرّ؛ لأنه أقرّ بالدّين في ذمّته، وذمّته خالص حقه، وإنما يتضرّر المستأجر بفعل اختياريّ يحدث بعد الإقرار من البيع، ونقض الإجارة، فلايمنع صحّة الإقرار، ويظهر الدين في حق الكل، كالعبد المحجور إذا أقرّ على نفسه بقصاص، وكذّبه المولى، وكذا المرأة إذا أقرّت بذلك على نفسها، ويكون الثابت على نفسه بالإقرار كالثابت بالمعاينَة أو بالبينة، كذلك ههنا[2].

ولأن الإقرار إنما يردّ إذا لم يكن قادرا على إنشاء ما أقرّ به، والآجر يملك إيجاب الدين على نفسه باستهلاك المال معاينةً ونحوه، فلايردّ إقراره، إما لعدم التهمة أو لخلوّه عن الفائدة، بخلاف ما لوأقرّ برقبة الأرض.

أما على المعنى الأول: فلأن إقراره صادف محلا تعلق به حق المستأجر، ألا ترى أن الإقرار بالأرض لو سبق الإجارة، يمنع الإجارة والإقرار بالدين لو سبق الإجارة، لايمنع

(١) راجع للتفصيل «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨٣.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨٣.

الإجارة، لما عُرف أن الدين لايتعلق بمال المديون في صحّته.

وأما على المعنى الثاني: فلأن الآجر ممنوع عن مباشرة السبب في الأرض المستأجرة، فإنه لو باع أو وهب لاينفذ، فجاز أن يردّ إقراره بالأرض.

ثم إذا صحّ الإقرار في قول أبي حنيفة تباع الأرض، ويحبس إن لم يبع، كما لو ثبت الدين بالبينة.

وعندهما: إذا لم ينفذ إقراره على المستأجر يخرج المقرّ من الحبس إن كان محبوسا لعجزه عن قضاء الدين[1]، إذا لم يكن له مال آخر، ولايمنع الغريم عن ملازمته، لما قلنا، فإذا انقضت مدة الإجارة، يعاد إلى الحبس حتى يبيع الأرض، ويوفّى حقّ الغريم.

وأما الفصل الثاني:

رجل تزوّج امرأةً، وأوفاها مهرَها، وأراد أن يخرجها إلى بلد من البلدان، وكرهت المرأة ذلك، لايلتفت إلى كراهيتها.

وقال أبو القاسم الصفّار[2]: ليس له أن يخرجها إلى مدة السفر، لأن السفر مشقة

---

(١) راجع «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨٤.

(٢) هو أحمد بن عِصمة، أبو القاسم الصفّار، يقول القرشي: شيخ ثقة، تفقّه على أبي جعفر الهندواني، وسمع الحديث منه، وأخذ عن نصير بن يحي عن ابن سماعة عن أبي يوسف، وكان إماما كبيرا، تفقّه عليه أبو حامد المروزي، ذكر الكفوي أنه توفي سنة ٣٣٦هـ وذكر اللكنوي عن ملا علي القاري أنه توفي في ٣٢٦هـ، وهو ما ذكره القرشي.
ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١٤١، «الطبقات السنية» برقم ٢٤٤، «الفوائد البهية» ص ٢٦، كتائب أعلام الأخيار برقم ١٥٨.

وعذاب، وإنها لم تلتزم ذلك.

ولنا قوله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾[1] ولأنه استحق منفعة بضعها، وقد أوفاها البدل، فكان له قبض المبدل، والانتفاع بها في أيّ مكان شاء، كما في البيع.

فرّق بين هذا وبين ما لو استأجر عبداً ليخدمه في الحضر، ليس له أن يسافر به؛ لأن خدمة السفر أشقّ من خدمة الحضر، فلايمكن ذلك، أما المملوك للزوج هو الوطيء، وأنه لايختلف في السفر والحضر.

فإن أقرّت المرأة بدين على نفسها لرجل، وصدّقها المقرّ له، وكذّبها الزوج، وأراد المقرّ له أن يحبسها بالدين، أو يمنع عن المسافَرة، يصحّ إقرارها في قياس قول أبي حنيفة، وللمقرّله أن يحبسها بدين، ويمنع عن المسافَرة[2].

وعلى قولهما لايصحّ إقرارها على الزوج كما في الفصل الأول.

وإذا لم يصحّ إقرارها عندهما لم يكن للقاضي أن يأمر الخصم بملازَمتها بخلاف ما تقدم، لأن فيما تقدّم المستأجر، لايتضرّر بملازمته، وههنا يتضرّر الزوج بملازمتها، لأن ذاك يمنعه من غشيانها، ولهذا لو حكَم القاضي بإفلاس رجل يأمر الغريمَ بالملازمة، ولو حكم بإفلاس امرأة، لايأمر بالملازمة[3].

---

(١) سورة الطلاق، الآية: ٦.

(٢) جاء في «ردّ المحتار»: للدائن حبسها وإن تضرر الزوج. والاصل فيه أن الإقرار حجة قاصرة على المقر، ولا يتعدى إلى غيره إلا في مسائل، ومنها هذه. انظر «ردّ المحتار» ٤/ ٥٢١.

(٣) المرجع السابق.

وأما الفصل الثالث الحجر[1] بسبب الدين، ويقال: "الحجر بسبب الإفلاس":

وصورته ماقال محمد: رجل حبس بديون لقوم، فقال غرماؤه للقاضي أنه يريد أن يقرّ بماله لولده، أو لمن يثق به حتى يقضى بعسرته، فيخرج من السجن، وطلبوا من القاضي أن يحجر عليه، فالقاضي لايُجيبهم إليه في قول أبي حنيفة، ولو حجَر، لايعمل حجره حتى لو أقرّ بمال أو دَين أو باع أو وهب، جاز جميع ماصَنع[2].

وعند صاحبيه يحجر القاضي عليه، ويعمل حجره حتي لايصحّ إقراره وبيعه وهبته

---

(١) الحجر في اللغة: المنع والتضييق، يقال: حجَر عليه حجراً، أي منعه من التصرف، وسمي العقل حِجرا، قال تعالى: ﴿هل في ذلك قَسَمٌ لذي حِجر﴾ أي عقل؛ لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب القبيح. «المغرب» ١/ ١٩٧، «المصباح المنير» ١/ ١٠١.

والحجر في اصطلاح الفقهاء: هو منع الإنسان عن التصرف في ماله، ويقابله: الإذن وهو فكّ الحجر و إسقاط حق المنع. وعرّفه الحنفية بأن الحجر: هو المنع من لزوم العقود والتصرفات القولية. فإذا باشر المحجور عقدا أو تصرفا قوليا كالبيع أو الهبة لا ينفذ، أي لا يلزم، ولا يترتب عليه حكمه، فلا يملك بالقبض. وكون الحجر من التصرفات القولية؛ لأنها هي التي يتصور الحجر فيها بالمنع من نفاذها، أما الأفعال فلا يتصور الحجر فيها؛ لأن الفعل بعد وقوعه لا يمكن رفعه، بخلاف القول، وللحجر تعريف آخر أدق ذكره ابن عابدين: بأنه عبارة عن "منع مخصوص بشخص مخصوص عن تصرف مخصوص أو عن نفاذه"، أي لزومه، فإن عقد المحجور ينعقد موقوفا. وذكر ابن عابدين أن الحجر على مراتب: أقوى: وهو المنع عن أصل التصرف، ومتوسط: وهو المنع عن وصفه، وهو النفاذ، وضعيف: وهو المنع عن وصف وصفه، وهو كون النفاذ حالا. انظر «ردّ المحتار» ٦/ ١٤٣، «تبيين الحقائق» ٥/ ١٩٠.

(٢) «بدائع الصنائع» ٧/ ١٦٩. الحجروالحبس.

في حق الغرماء، وعن أبي يوسف في رواية مثل قول أبي حنيفة، والمسألة معروفة.

وعلى هذا الخلاف: لو طلبوا من القاضي بيع ماله بالدين، عند أبي حنيفة لايبيع، عندهما له أن يبيع[١].

ثم عند أبي حنيفة الحَجر على الحرّ باطل إلاّ على ثلاثة[٢]: المفتي الجاهل الماجن، والطبيب الجاهل، والمكاري المفلس، ويحجر القاضي على هؤلاء[٣]، ويمنعهم من تلك الحِرفة، ويمنع الناس من الرجوع إليهم؛ لأن فساد ذلك يرجع إلى العامة في دينهم ودنياهم، فيحجر عليه، ولايظهر أثر الحجر في تصرفاتهم حتى ينفذ منهم ماكان ينفذ قبل الحجر.

وعندهما: كما يجوز الحجر بسبب الدين، يجوز بسبب السفه والتبذير نظراً له، كيلا يفني ماله فيبتلي بالفقر، إلاأن الحجر بسبب السفه والتبذير يخالف الحجر بسبب الدَين[٤]، فالحجر بسبب الدَين يظهر في المال القائم وقت الحجر، لا فيما يحدث بعده، والحجر بسبب السفه يظهر في المال القائم والحادث؛ لأن الحجر بسبب الدين إنما كان لتعلق

(١) المرجع السابق.

(٢) ذكر الإمام قاضي خان في فتاواه أن أسباب الحجر ثلاثة، منها ضرر العامة، والثاني الدين، والثالث السفه والتبذير، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يحجر القاضي على الحر العاقل البالغ إلا على من يتعدى ضرره إلى العامة، وهم ثلاثة: المتطبب الجاهل الذي يسقي الناس ما يضره ويهلكه، والثاني: المفتي الماجن الذي يعلّم الناس الحيل أو يفتي عن جهل، والثالث: المكاري المفلس. «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦٣٣، ٦٣٤.

(٣) المرجع السابق.

(٤) انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ١٦٩. و «ردّ المحتار» ٤/ ٣٥١.

حق الغرماء بماله، كحجر الراهن لحق المرتهن، وبحجر القاضي يتعلق حق الغرماء بالمال الموجود، فيقتصر عليه.

أما الحجر بسبب السفه إنما كان لقصور رأيه، فيظهر في الكلّ، ويبطل تصرفاته، إلاما يصحّ مع الهزل كالطلاق والعتاق والنكاح؛ لأنّ السفيه بمنزلة العاقل من وجه، وبمنزلة المجنون من وجه: من حيث أنه مكلّف كان بمنزلة العاقل، ومن حيث أن تصرفاته تشبه تصرفات المجانين كان بمنزلة المجنون، فجعلناه بمنزلة الهازل عملاً بهما، فينفذ منه ما ينفذ من الهاذل.

إلا أن المحجور بسبب الدين إذا تزوج امرأةً فالمرأة[1] تضرب مع الغرماء بقدر مهر مثلها، والزيادة على ذلك تكون فيما يكتسبه بعد الحجر[2].

والمحجور بسبب السفه إذا تزوج امرأةً بأكثر من مهر مثلها يصحّ النكاح بقدر مهر المثل، ويبطل الفضل، ولو طلّق قبل الدخول، يقع الطلاق، ويلزمه نصف المهر، ولو اعتق عبده يعتق، ويسعى في قيمته، وعن محمد أنه لايسعى؛ لأن السفيه بمنزلة الهازل، والهازل إذا اعتق يقع[3] العتق من غير سعاية.

وجه ظاهر الرواية: أن المقصود من الحجر صيانة ماله عليه [ولا وجه لردّ العتق؛ لأنه صدر عن عاقلٍ مكلفٍ في ملكه، فتجب السعاية صيانةً لماله بقدر الإمكان.

وفصل الطلاق والنكاح يقوّي مذهب أبي حنيفة، لأن المقصود من الحجر صيانة

---

(١) "فالمرأة": ساقط من (ج) و (د).

(٢) «بدائع الصنائع» ٧/ ١٦٩.

(٣) في (ج) و (د): "يعتق"، ما ثبت أصح.

ماله][1] فإذا لم يظهر الحجر في النكاح والطلاق يفني ماله في ذلك، والحجر بسبب الدين والإفلاس يتوقّف على قضاء القاضي[2].

وعن قاسم بن مَعن[3] أن المحبوس بالدَين إذا أقرّ بمال، لايصحّ إقراره، وعند أهل المدينة مَن كان عليه دين لايصحّ إقراره، وبطلان هذا القول ظاهر؛ لأنا لو جعلنا الدين مانعا من الإقرار تبطل أقارير الناس، فإن الإنسان قلّما يخلو عن قليل دين.

والحجر بسبب السفه والتبذير هل يتوقّف على القضاء؟ ذكر في «الكتاب»: أنه يثبت من غير قضاء حتى لايصحّ منه ما يبطله الهزل، كالبيع والإجارة والإقرار ونحوه، ولم يذكر فيه خلاف[4].

وعن أبي يوسف أنه لايكون محجورا إلا بقضاء، وتنفذ تصرفاته قبل الحجر، فكان ما ذكر في الكتاب قول محمد[5].

وجه قول محمد: إن سبب الحجر، وهو إفساد المال ثابت قبل القضاء، فيثبت الحجر بنفس السفه، كما يثبت بنفس الجنون، بخلاف الحجر بسبب الأفلاس، لأن إفلاسه

---

(١) عبارة بين المعكوفتين سقطت من الأصل، وأثبتناه من (ج) و (د).

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ١٧٥.

(٣) هوقاسم بن مَعن بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، تقدم ترجمته في ص ٣٢٣.

(٤) «بدائع الصنائع» ٧/ ١٧١.

(٥) راجع للتفصيل «بدائع الصنائع» ٧/ ١٧١.

محتمل، فلايثبت إلا بقضاء[1].

ولأبي يوسف: ما روي أن عليّا[2] عليه السلام طلَب من عثمان[3] رضي الله عنه أن يحجر[4] على عبدالله بن جعفر[5]، ولو كان يُحجر بنفس التبذير، لَما احتاج إلى

(١) المرجع السابق.

(٢) هو علي بن أبي طالب بن عبدالمطلب ابن عم النبي ﷺ، أمير المؤمنين، وأول الناس إسلاماً كانت ولادته قبل البعثة بعشر سنين، ووفاته عام ٤٠ هـ شهد المشاهد كلها إلا تبوك. وتولى الخلافة عام ٣٥ هـ. انظر ترجمته في: أسد الغابة ت ٣٧٨٩، الاستيعاب ت ١٨٧٥، الإصابة ت ٥٧٠٤.

(٣) عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس القرشي الأموي أمير المؤمنين أبو عبدالله، ولد بعد الفيل بست سنين، ذو النورين، ثالث الخلفاء الراشدين. وأحد المبشرين بالجنة، بويع بالخلافة عام ٢٤ هـ، وتوفي شهيداً ٣٥ هـ. انظر ترجمته في: أسد الغابة ت ٣٥٨٩، الاستيعاب ت ١٧٩٧، التبصرة والتذكرة ١/ ١٣١، الإصابة ت ٥٤٦٤.

(٤) روى الإمام الشافعي في مسنده عن عروة بن الزبير: أن عثمان حجَرَ على عبد الله بن جعفر بسبب تبذيره.

وقصة ذلك أن عبد الله بن جعفر اشترى أرضا بمبلغ ستين ألف دينار، فبلغ ذلك عليّ بن أبي طالب، فقرّر عليٌّ أن الأرض لاتساوي هذا المبلغ من المال، وأن عبد الله بن جعفر قد غُبن فيها غبنا فاحشا، بل إنه قد تصرّف تصرفا أخرق، وأعرب أنه سيتوجّه نحو أمير المؤمنين عثمان بن عفّان ليطلب منه الحجرَ على عبد الله بن جعفر لسفهه وإساءته التصرف في ماله، فأسرَع عبد الله بن جعفر إلى الزبير ـ وكان تاجرا حاذقا ـ وقال له: إني ابتعت بيعا بكذا وكذا، وإن عليّا يريد أن يأتي عثمان فيسأله أن يحجر عليّ، فقال له الزبير: فأنا شريكك في البيع، ولقي عليٌّ عثمانَ بن عفان فقال له: إن ابن أخي اشترى سبخة بستين ألفا ما يسرّني أنها لي بنعليّ، فاحجر عليه، وقال الزبير لعثمان: أنا شريكه في هذا البيع، فقال عثمان لعليّ بن أبي طالب: كيف أحجر على رجل

الطلب[1].

فإن حجَر ثم صار بعد ذلك مصلحا لماله، هل يزول الحجر من غير قضاء؟ عند أبي يوسف: لايزول، وعند محمد: يزول اعتبارا للزوال بالثبوت.

وإن بلغ الغلام سفيهاً مبذرا ماله، قال أبو حنيفة: تجوز تصرفاته، ولايدفع إليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة[2]، فإن دفع الوصيّ إليه ماله، وضاع في يده، أو أتلفه

في بيع شريكه فيه الزبير؟. انظر: «مصنف عبد الرزاق» ٨/ ٢٦٧، «سنن البيهقي» ٦/ ٦٦١، «المغني» ٤/ ٤٦٩، «كشف الغمّة» ٢/ ١٧.

(٥) هو عبد الله بن جعفر بن أبي طالب بن عبد المطلب الهاشمي، أبو محمد، و أبو جعفر، وهي أشهر، أمه أسماء بنت عميس الخثعمية أخت ميمونة بنت الحارث، ولد بأرض الحبشة لما هاجر أبواه إليها، وهو أوّل من ولد بها من المسلمين، و حفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم، و روى الأحاديث عنه وعن أبويه، وعمه علي، وأبو بكر، وعثمان، وعمار بن ياسر. روى عنه بنوه: إسماعيل، وإسحاق، ومعاوية، وأبو جعفر الباقر، والقاسم بن محمد، وعروة، والشعبي، وآخرون. قال ابن حبان: " كان يقال له قطب السخاء "، و أخباره في الكرم كثيرة شهيرة. مات سنة ٨٠هـ عام الجحاف، وقال الواقدي: مات سنة ٩٠ تسعين.

انظر ترجمته في: «الإصابة» رقم ٤٦٠٩، «أسد الغابة» رقم ٢٨٦٤، «الاستيعاب» رقم ١٥٠٦ «الجرح والتعديل» ٥/ ٢١، «تهذيب الكمال» ٢/ ٦٧٠، «تهذيب التهذيب» ٥/ ١٧٠، سير أعلام النبلاء ٣/ ٤٥٦، المغازي للواقدي ٧٦٦، الثقات لابن حبان ٣/ ٢٠٧، العبر ١/ ٤١.

(١) المرجع السابق.

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ١٧١.

ضمن الوصيّ، فإذا صار سِنّه خمسا وعشرين سنة[1]، يدفع إليه ماله، وإن بقي مفسدا لماله.

وقال أبويوسف، ومحمد[2]، والشافعي[3]: يمنع منه المال، ولايدفع إليه أبدا، إلا أن عند محمد لا تجوز تصرفاته إلاما يصحّ مع الهزل، ولاينفذ تصرف الأب ووصيّ الأب عليه إلا بأمر الحاكم.

وأن بلغ حافظا ماله إلا أنه فاسق لاتقبل شهادته، فإنه يدفع إليه المال عندنا، وتنفذ تصرفاته، وعند الشافعي[4] لايدفع إليه المال، وهل يحجر عن التصرفات لأجل الفسق؟ عندنا لايحجر، وللشافعي فيه قولان، وهذه الجملة مسائل الأصل، وعُدنا إلى مسألة الكتاب.

عند أبي حنيفة إذا لم يصحّ الحجر على المديون لوأقرّ على نفسه بدين أو بمال صحّ إقراره، ويقضى بعسرته، ويخرج من السجن[5].

---

(١) "سنة" أثبتناه من (ج) و (د).

(٢) والفتوى في المذهب على قول الصاحبين، انظر: «مختصر الطحاوي» ص ٩٧، «مختصر القدوري» ص ٤٢، «المبسوط» ٢٤/ ١٥٧، «رد المحتار» ٦/ ١٤٨.

(٣) لأن الرجل إذا كان سفيهاً مبذراً احتاج إلى النظر، والقاضي بحجره عن التصرف لا يضيع ماله نظراً له، انظر الأدلة بالتفصيل: «الأم» ٣/ ٢١٨، «المهذب» ٣٣٨١، «روضة الطالبين للنووي» ٤/ ١٨٢.

(٤) «الأم» ٣/ ٢١٨، ٢١٩.

(٥) ينظر للتفصيل «بدائع الصنائع» ٧/ ١٧١-١٧٢-١٧٣.

وعندهما لما صحّ الحجر، فإذا أقرّ بعد ذلك، لايصحّ إقراره، فيأخذ القاضي ماله، ويبيع، ويقسّم بين غرمائه الأوّلين، ولايعطي للمقرّله شيئا، أو يحبس حتى يبيع بنفسه.

فإن قيل: الحجر بسبب الدين مجتهَد فيه، فإذا قضى به القاضي وجب أن ينفذ قضاؤه، ويصير متفقا عليه[1]، فلايصحّ إقراره بعد ذلك عند الكل.

قلنا عنه جوابان: أحدهما: أن نفس القضاء هنا مختلف، وفي مثله لاينفذ قضاء القاضي، كما لو كان القاضي محدودا في قذف، فقضى في حادثة، لاينفذ قضاءه[2] ما لم يتصل به قضاء قاضٍ آخر، حتى لو اختصم المحجور، ومن أقرّ له، أو تصرّف معه إلى قاض آخر، فقضى القاضي الثاني بإبطال تصرفه، نفذ قضاؤه.

والثاني: إن هذا فتوى، وليس بقضاء، لأن القضاء مايُثبت أمرا لم يكن ثابتا قبله، وعلى قول بعض الناس الإنحجار كان ثابتا قبل القضاء، فلم يكن القضاء إلزاما، وعندنا إن لم يكن الإنحجار ثابتا قبل القضاء، ويثبت بعده، لكن لم[3] يوجد شرط القضاء، وهو الدعوى والإنكار، فلم يكن قضاء من كل وجه، فلايصير المختلف فيه متفقا عليه.

قال: (ولو أن مريضا عليه دَين في الصحّة أقرّ في مرضه بدين، جاز إقراره عليه، ولايجوز على غرماء الصحّة حتى لايشارك غرماء الصحّة)، لأن حقهم كان ثابتا قبل إقراره، فلايبطل بإقراره[4].

(١) "عليه" أثبتناه من (ج) و (د).

(٢) انظر «ردّ المحتار» ٤/ ٣٦٢.

(٣) في (ج) و (د): "لكن يوجد بشرط"، وهو خطأ.

(٤) راجع للتفصيل «بدائع الصنائع» ٧/ ١٤٥.

قال محمد: وهذا من أبي حنيفة ترك لمذهبه في مسألة المستآجر والزوج والمديون، فإن حقوقهم سابقة على إقراره، فينبغي أن لاتبطل بإقراره، والعذر لأبي حنيفة أن في مسألة المريض دين الصحّة تعلق بماله في مرضه، لأنه قرب إلى الموت، وبالموت يتعلق الدين بماله، ولهذا يمنع المريض من التبرع.

وتعلّق حق الغير يمنع صحّة الإقرار كما في الرهن، بخلاف المحبوس لأن دينه لايتعلق بماله في الصحّة، فكان المحل خاليا عن حق الغير، فصحّ إقراره، ولأن إقرارا المريض صحّيح، ولاتظهر الصحّة والبطلان قبل الموت، وبعدما مات يبدأ بدين الصحّة، لا لبطلان إقراره في المريض، بل لقوة دين الصحّة، ولهذا يبدأ بالتجهيز، والتكفين، ثم بالميراث.

الفصل الرابع:

مجهولة النسب إذا كانت تحت زوج، فأقرّت بالرقّ لإنسان، وصدّقها المقرّ له، وكذّبها الزوج، صارت أمةً للمقرّ له[1]، ولاتصدّق على إفساد[2] النكاح، ولاعلى الأولاد الموجودين، ولاعلى كل ولد تأتي به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار.

أما جواز إقرارها بالرق؛ لأن حريتها كانت بحكم الظاهر، فإذا أقرّت بخلاف الظاهر، صحّ إقرارها في حقها، ولاتصدّق على الزوج في إبطال حقه؛ لأنها متهماً في حقه لاحتمال أنهما تواضعا على ذلك لتتخلص[3] عن حباله.

(١) راجع «ردّ المحتار» ٤/ ٥٢١.

(٢) في (ج) و (د): "على فساد".

(٣) في (ج) و (د): "لتخلص".

ولو أعتقها المقرّله لم يكن لها خيار العتق لأجل التهمة، ولاتصدّق على أولادها بالرق؛ لأن حريتهم حقهم، فلايبطل بإقرارها[1].

وكذا الولد الذي تلده لأقل من ستة أشهر؛ لأنه كان موجوداً في البطن وقت الإقرار، مستحقاً للحرية بمنزلة المنفصل، والولد الذي تلده لأكثر من ستة أشهر رقيق في قول أبي يوسف، حرّ في قول محمد، وإن ولدت إلى عشرين سنة؛ لأن رق الأولاد يمنعه[2] الزوج عن غشيانها، فلاتصدّق فيه، كما لاتصدّق في إبطال النكاح، ولأبي يوسف إن هذا ولد الأمة، فيكون رقيقاً، كما لو ثبت رقها بالبينة، والاحتراز عن رق الأولاد ممكن بالعزل، فإن لم يفعل فهو الذي أضرّ بنفسه.

والأصل في هذا[3]: أن كل ضرر يتمكّن الزوج من رفعه صدّقت فيه المرأة، وكل من لايتمكن الزوج من دفع الضرر بنفسه لاتصدّق فيه المرأة، وقد ذكرنا هذا في الجامع الكبير، وللزوج أن يمنع المقرّله عن استخدامها دفعاً للضرر عن نفسه.

ولوجَنى عليها يجب أرش الإماء للمولى؛ لأن الزوج أجنبيّ عن أرشها، وإن جنَت هي، خُيِّر المقرّ له بين الدفع والفداء، كما هو الحكم في جناية القنّ إذ لاضرر للزوج[4] في ذلك.

---

(١) انظر «ردّ المحتار» ٤/ ٥٢١.

(٢) في (ج) و (د): "يمنع".

(٣) الضابط فيه أنه متى أمكن تدارك ما خاف فوته بإقرار الغير ولم يتدارك، بطل حقه. راجع «ردّ المحتار». ٤/ ٥٢١.

(٤) في (ج) و (د): "على الزوج".

إما اختيار الفداء فظاهر، وإن اختار الدفع فكذلك؛ لأن المدفوع إليه بمنزلة المقرّله قائم مقامه، فلايكون له أن يمنعها عن الزوج، ولو كان طلّقها ثنتين ثم أقرّت بالرق لاتحرم حرمة غليظة، وكان له أن يراجعها؛ لأن ثبوت الحرمة ضرر لايتمكّن الزوج من دفعه.

ولو طلّقها واحدة، ثم أقرّت بالرقّ، صدّقت في حق الطلاق حتى يصير طلاقها ثنتين، ولو مضت من عدّتها حيضتان، ثم أقرّت بالرق[1] كان له أن يراجعها، ولايتغيّر حكم العدة بإقرارها[2].

ولو حاضت حيضةً واحدةً من عدتها، ثم أقرّت بالرق، صدّقت في حق العدة، وكانت عدتها عدة الإماء.

ولو آلى منها، فمضى شهران، ثم أقرّ بالرق، كان إيلاؤها إيلاء الحرّة، لاتّبين حتى تمضي أربعة أشهر، ولو آلى منها فمضى شهر، ثم أقرّت بالرق فإيلاؤها إيلاء الأمة؛ لأن الزوج كان متمكناً من الفيء في الشهر بعد الإقرار[3].

ولو وكّل رجلا[4] بأن يطلقها ثنتين فأقرّت بالرق، وعلم الزوج بإقرارها، ولم يعزل الوكيل حتى طلقها الوكيل ثنتين بانت منه؛ لأنه كان متمكناً من دفع ضرر إقرارها بعزل الوكيل، فإذا لم يعزل فهو الذي أضرّ بنفسه[5].

---

(١) "بالرق" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «ردّ المحتار» ٤/ ٥٢١.

(٣) انظر «ردّ المحتار» ٤/ ٥٢١.

(٤) في (ج) و (د): "وكيلا" بدل "رجلا".

(٥) المرجع السابق.

وإن لم يعلم الزوج بإقرارها، فطلقها الوكيل ثنتين، كان له أن يراجعها ولاتبين؛ لأنه إذا لم يعلم بإقرارها، لم تكن البينونة مضافة إلى تقصيره[1].

ولو قال لها طلقي نفسك ثنتين، أو قال لاجنبيّ طلّقها ثنتين إن شئت، ثم أقرّت بالرق، وعلم الزوج بإقرارها، ثم طلقت نفسها ثنتين، أو طلقها الأجنبي، كان للزوج أن يراجعها[2]؛ لأن الرجوع عن التفويض لايمكن، فلم يكن متمكناً من دفع الضرر بخلاف الوكيل.

ولو أقرّت بالرقّ، ولم يعلم الزوج بإقرارها حتى طلقها ثنتين، كان له أن يراجعها، ولو علم بإقرارها ثم طلقها ثنتين، لايملك الرجعة.

قال محمد رحمه الله: إقرارها باطل فيما بينها وبين الزوج في الطلاق والعدة والإيلاء وغير ذلك إذا لم يعلم الزوج[3]، وذكَر في "الجامع" في فصل الإيلاء: إذا آلى منها، فمضى شهر، ثم أقرّت بالرق، كان إيلاؤها إيلاء الأمة، ولم يفصّل بين العلم والجهل، وهنا فرّق بين العلم وبين الجهل.

قال بعضهم: في المسألة روايتان، والصحّيح ماذكر في هذا الكتاب، وقال بعضهم: في فصل الإيلاء يسوّى بين العلم والجهل، وفي الطلاق يفرّق؛ لأنّ الإيلاء جزاء الظلم؛ وجزاء الظلم لايختلف بالعلم والجهل، فإن من أتلف مال الغير ضمن، علم بذلك أو لم يعلم، بخلاف غيره من المسائل. ـ والله سبحانه أعلم ـ

(١) انظر «ردّ المحتار» ٤/ ٥٢١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر «ردّ المحتار» ٤/ ٥٢١.

باب ما يصدّق فيه الرجل إذا أقرّ أنه استهلك من مال العبد والحربيّ وما لايصدّق

بنى الباب على أن مَن أنكر حقا على نفسه، كان القول قوله، لأنه متمسّك بالأصل، وهو فراغ الذمة، ومن أقرّ بسبب الضمان، وادّعى ما يُسقطه، لايصدّق إلابحجة[1]، لأن صاحبه متمسّك بالأصل في إبقاء ما كان.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: (رجل قال لعبده بعدما أعتقه: قطعت يدك، واستهلكت من مالك كذا وكذا حال ما كنت عبدا لي، وقال العبد: لا، بل فعلتَ ذلك بعد العتق، كان القول قول العبد، ويضمن المولى في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف رحمه الله عليهما، وقال محمد وزفر رحمه الله عليهما: لاضمان عليه[2].

وعلى هذا الخلاف: لو قال لحربيّ أسلَم، أوصار ذميا، أومستأمنا: قطعتُ يدك، وأخذتُ مالك حالَ ما كنتَ حربيا، وقال المقرّ له: لا، بل كان ذلك بعد الإسلام، أوبعد الأمان، أو الذمة[3]، وأجمعوا على أنه لو كان المأخوذ قائما كان القول قول المقرّ له، ويجب على المقِرّ ردّ المأخوذ، وكذا لو أقرّ أنه سبيَ ابناً لهذا الحربيّ، لزمه الردّ بالإجماع.

وأجمعوا على أنه لو قال لعبده بعد ما عتق: أخذتُ منك كذا وكذا درهما، غلة كذا

---

(١) راجع «المبسوط» ١٨/ ٧٥.

(٢) راجع للتفصيل «المبسوط» ١٨/ ٧٠.

(٣) المرجع السابق.

كذا شهرا حالَ ما كنت عبدا، وقال العبد[1]: لا، بل أخذتَ بعد العتق، كان القول قول المولى، ولاضمان عليه، ولو كان المأخود قائما، كان على المولى أن يردّه عليه[2].

ولو أعتق أمتَه، فقال وطئتك حال ما كنت أمةً لي، وقالت: لا، بل فعلتَ بعد العتق، كان القول قول المولى، ولاعُقرَ عليه في قولهم.[3]

وجه قول محمد وزفر: أنه أقرّ بالقطع والاستهلاك في حال لايجب عليه الضمان، فكان منكراً للضمان، فيكون القول قوله، كما في الوطيء والغلة، وكما لو قال: أعتقتكَ وأنا صبيّ أو مجنون، وذلك معهود، وقال العبد: لا، بل كان بعد البلوغ والإفاقة، كان القول فيه قول المقر[4].

بخلاف ما لو كان المال قائما، لأنه يدّعي بملك[5] المأخوذ على المقرّ له، وهو منكِر، فكان القول قول المأخوذ منه[6]، وصار كالمودَع إذا قال لصاحب الوديعة: ضاعت الوديعة أورددت، كان القول قوله، ولو كانت الوديعة قائمة، فقال: وهبتها، وأنكر المودِع، كان

---

(١) "العبد" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «المبسوط» ١٨/٦٩.

(٣) قال السرخسي بخلاف ما استشهد به فأن وطى المولى امته غير موجب عليه المهر سواء كانت مديو نة او غير مديونة فإنما اضاف الاقرار في هذه المراضع الى حال معهورة تنا في الضمان أصلا فكان منكرا لامقرا فلهذا لا يلزمه شيء. «المبسوط» ١٨/ ٧٠.

(٤) راجع «المبسوط» ١٨/ ٧٥.

(٥) في (ج) و (د): "أنه يتملك".

(٦) المرجع السابق.

له أن يأخذها.

وكذا وصي اليتيم إذا قال: انفقتُ عليك من مالك بالمعروف في صغرك، كان القول قوله، ولو قال أنفقتُ عليك من مالي على أن أرجع عليك، وآخذ المالَ، لايقبل قوله إلا بحجّة.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أنه أقرّ في الحال بسبب الضمان، وهو استهلاك المال، قال عليه السلام: «على اليد ماأخذت حتى تردّ»[1]، وكذلك القطع، ثم بالاضافة إلى الحالة الماضية ادّعى مايُسقطه، فلايصدّق إلا بحجة، كما لوكان المأخوذ قائماً[2].

وما قال إنه أضاف الإقرار إلى حالة معهودة تنافي الضمان فليس كذلك[3]؛ لأن كونه عبداً له لاينافي الضمان، ألاترى أنه لوكان العبد رهناً أو مديوناً، كان قطع يده وإتلاف ماله سبباً للضمان.

وكذا كونه حربياً في دار الحرب لاينفي[4] الضمان، فإنه لو دخل عسكر المسلمين

---

(١) أخرجه ابن ماجه عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، كتاب الصدقات، باب العارية، الحديث: ٢٤٠٠، وأخرجه أبو داود في كتاب البيوع والإجارات، باب في تضمين العارية، الحديث: ٣٥٦١، وأخرجه الترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء أن العارية مؤداة، الحديث: ١٢٦٦.

(٢) انظر «المبسوط» ١٦/ ٦٩..

(٣) المرجع السابق ٧٠.

(٤) في (ج) و (د) "ينافي".

بأمان، واستهلك رجل ماله ضمن[1].

وكذا لو أمن الإمام أهلَ حصن أو مطمورة أو بلدة، فاستهلك رجل مال واحد منهم ضمن، وكذا لو دخل المسلم دارَ الحرب بأمان، فأتلف مالَهم، يفتى بالضمان فيما بينه وبين الله تعالي.

فدلّ أن كونه حربياً لاينافي الضمان، فهو بالاضافة إلى تلك الحالة يكون مدّعياً للبراءة والسقوط، بخلاف الوطيء والغلّة؛ لأن بوطء المملوك لايجب العُقر على المولى بحال ما[2]، ألاترى أن الراهن إذا وطء المرهونةَ أو المديونة، لايجب العقر، فكان منافياً للضمان.

وذكر في كتاب الإقرار رجل باع عبداً من رجل، ثم قال البائع: قطعت يده قبل البيع حين كان ملكي، وقال المشتري: لا، بل قطعتَ بعد ما صار لي، ولي عليك الأرش، على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: القول قول المشتري، وله الأرش على البائع، وعلى قول محمد: القول قول البائع، ولاأرش عليه[3]، والهبة في ذلك بمنزلة البيع، والإقرار بعد البيع بمنزلة الإقرار بعد العتق.

ولو قال: قطعتُ يد عبدي هذا ثم بعته منك، كان القول قوله، ولاأرش عليه في قولهم، والفرق ظاهر.

ثم إن محمد ذكر في الباب فصولا، وذكر عَقيب كل فصل: "وهذا من أبي حنيفة

---

(١) «المبسوط» ١٨/ ٦٩.

(٢) «المبسوط» ١٨/ ٦٩.

(٣) راجع مفصلا من باب إضافة الاقرار إلى حال الصغر وما أشبهها «المبسوط» ١٨/ ٦٨.

وأبي يوسف تركٌ لمذهبهما في مسألة العبد والحربي[1].

منها: عبد عتق، فقال لرجل: قطعتُ يدك وأنا عبده، وقال المقرّله: لا، بل قطعتَ بعد العتق، كان القول قول المقرّ بالاجماع[2].

وعُذر أبي حنيفة وأبي يوسف عن هذا أن ثَمّة ما أقرّ على نفسه بسبب الضمان؛ لأن موجب جناية العبد فيما لايوجب القصاص يكون على المولى، يخاطب بالدفع أو[3] الفداء، ولايخاطب العبد به، وإن عتق، فكان منكرا للضمان على نفسه، فيكون القول قوله[4].

ومنها: قاضٍ عُزِل، فقال لرجل: أخذت مالك، وسلّمته إلى فلان حال ما كنت قاضياً، قضاء قضيته عليك، وقال المقرّله: لا، بل فعلتَ بعد العزل، أو قال[5] فعلتَ في حالة القضاء لكن لا على وجه القضاء، كان القول قول المعزول[6].

ولو كان المال قائماً في يد القاضي، أو في يد المقضيّ له، وهو يُصدّق القاضي يؤمَر بالردّ على المقرّله.

وعذرهما أنه ماأقرّ على نفسه بالضمان؛ لأن فعل القاضي على وجه القضاء

(١) انظر «المبسوط» ١٨/ ٦٩.

(٢) المرجع السابق.

(٣) في (ج) و (د): "والفداء".

(٤) ينظر «المبسوط» ١٨/ ٦٩.

(٥) "قال" ساقط من (ج) و (د).

(٦) قال في «المبسوط»: وكذلك قضاء القاضي في حال ولا يته غير موجب للضمان عليه بحال ١٨/ ٧٠.

لايوجب عليه الضمان[1]، أما إذا كان صواباً فظاهر، وإن كان خطأ فالضمان على من وقع له القضاء، أو على بيت المال، فكان القاضي منكراً للضمان.

وإن كان المال قائماً أمر بالردّ؛ لأنه يدّعي التمليك على الماخوذ منه، فلايصدّق إلا بحجة[2].

ومنها: رجل وكّل رجلا يبيع عبده، ثم عزله، فقال الوكيل: قد كنت بعت العبد قبل العزل، ورفعته إليه، وقبضت الثمن، وهلك عندي، وقال الموكل: لا، بل بعتَ بعد العزل.

إن كان العبد قائماً يردّ عليه، وإن كان هالكاً كان القول قول الوكيل، وعُذرهما أن الوكيل أمين، فإذا أخبر عن[3] الأمانة كان القول قوله، ولأن فعل الوكيل لايوجب الضمان، فكان منكرا للضمانَ.

ومنها: أن الوصيّ إذا قال بعد بلوغ اليتيم: أنفقتُ عليه كذا وكذا من ماله، وهو نفقة مثله، وادّعى اليتيم أنه استهلك بعد البلوغ، كان القول قول الوصيّ.

ولو قال الوصيّ لعبد بعينه: بعته في صِغر اليتيم لايصدّق. وعذرهما أن فعل الوصيّ على وجه الموافقة لايوجب الضمان بمنزلة فعل الوكيل والقاضي.

وأبوحنيفة وأبويوسف ذكرا فصلا هو حجة لهما على محمد، فقالا:

رجلٌ ذاهبةٌ عينه اليمنى، قال لرجل ذاهبة عين اليمنى: فقأت عينَك اليمنى وعينَيّ

---

(١) في (ج) و (د): "لا يكون موجبا للضمان".

(٢) «المبسوط» ١٨/ ٦٨-٦٩.

(٣) في (ج) و (د) "في".

صحّيحة فذهبت، وقال المقرّ له: لا، بل فقأتَ عيني وعينك ذاهبة، ولي عليك الأرش، كان القول قول المقرّ له، وعلى المقرّ أرش عينه[1].

وعُذر محمد أنه أقرّ بوجوب الضمان، وادّعى ما يسقطه، فإنّ فَقْأ العين يوجب الضمان، إما القصاص أو الأرش، ولو فقأ عيني رجلين يجب القصاص والأرش أيضاً، فكان مقرّاً بوجوب الضمان[2]، مدّعياً ما يسقطه، فلايصدّق، أما هنا بخلافه.

وذكر في الباب فصلا آخر، فقال: رجل باع عبداً، ثم قال البائع لرجل: قطعتَ يد العبد قبل البيع، ولي عليك الأرش، وقال المشتري: لا، بل قطعتُ بعد البيع، والأرش لي[3]، كان القول قول المشتري، والأرش له؛ لأن الأرش يملك بملك الرقبة. وملك الرقبة للمشتري، فالمقرّ أقرّ بوجوب الضمان على نفسه، وأراد تحويل ذلك إلى البايع، فلايصدّق في التحويل[4].

(١) راجع «المبسوط» ١٨/ ٧٠.

(٢) راجع «المبسوط» ١٨/ ٧٥.

(٣) المرجع السابق.

(٤) راجع «المبسوط» ١٨/ ٦٩.

باب ما يقرّ به الشريك على الشريك فيجوز عليه دون شريكه وما يكون موقوفاً

بنى الباب على أصل واحد: وهو أن الكلام إذا وجد نفاذاً على المتكلّم ينفذ، وإن تعذّر تنفيذه، وأمكن توقيفه يتوقّف ترتيباً للحكم بقدر الإمكان.

وفي الباب فصول أربعة: فصل في النسب، وفصل في الإعتاق، وفصل في الاستيلاد، وفصل في التدبير.

أما الفصل[1] الأول:

قال محمد[2] رحمه الله: غلام بين رجلين، فقال أحدهما: هو ابني وابنك، أو ابنك وابني، أو ابننا، وذلك على وجوه:

إما أن كان الغلام صغيرا لايعبّر عن نفسه، أو كان صغيرا يعبّر عن نفسه، أوكان كبيرا، وكل ذلك على وجهين:

إما أن صدّقه الشريك أو كذّبه، وذلك على وجهين: إما أن قال موصولاً أو مفصولا.

فإن كان صغيرا لايعبّر عن نفسه، فقال أحدهما: "هو ابني وابنك"، أو "ابنك

(١) "الفصل" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "محمد - رحمه الله -" ساقط من (ج) و (د).

وابني" ، أو "ابننا" موصولاً ، فالغلام ابن المقر[1] ، صدّقه الشريك أو كذّبه .

أما إذا بدأ بنفسه ، فقال : هو ابني وابنك ، أو قال : هو ابننا ، فهو ابن المقرّ ، وصَل أو فصَل ؛ لأنه كما قال : "ابني" ثبَت النسب منه ؛ لأنه أقرّ على نفسه بالنسب لمن يحتاج إلى النسب حالَ قيام الولاية عليه ، فيصحّ إقراره ، وإذا ثبت النسب منه بطل آخر كلامه[2] ، لأن النسب لايحتمل الشركة ؛ لأن سببه انخلاق الولد من مائه ، وذلك لايحتمل الشركة ، وإنما يضاف إلى الرجلين إذا ادّعيا معاً لتعذّر تعيين أحدهما ، فيضاف إليهما ، والنسب في الحقيقة من أحدهما ، أما هنا بخلافه ، وإذا بطل آخر كلامه كان تصديق شريكه وعدمه سواء ، وكذا إذا قال : "هو ابننا" .

وإن بدأ بشريكه ، ووصل[3] ، فقال : "هو ابنك فابني" ، كان ابنا للمقرّ ، لأنه ذكر في آخر كلامه ما يغيّر الأول ، فيجعل الكلّ كلاما واحدا ، ولايفصل البعض عن البعض كما في الشرط والاستثناء ، وإذا صار الكلّ كلاما واحدا[4] بطل التقديم والتأخير ، وصار كأنّه قال : هو ابننا ، فيثبت النسب منه ، ولايثبت من الآخر .

فرّق بين هذه المسألة وبين مسألة ذكَرها في كتاب الدعوى من هذا الكتاب : جارية

---

(١) لكن يشترط أن يولد مثله لمثله (أي : مثل ذلك الغلام لمثل المقر باعتبار السن) ، كي لايكون مكذبا في الظاهر ، كما شرط أن لايكون له نسب معروف ، صرح به في الهداية والقدوري وغيرهما . تكملة «فتح القدير» ٧/ ٣٦٦ .

(٢) انظر باب إقرار الوارث بالدين «المبسوط» ١٨/ ٤٤-٤٥ .

(٣) «المبسوط» ١٨/ ٤٦ .

(٤) في (ج) و (د) : "تبطل" .

بين رجلين، ولدت ولدين في بطنين مختلفين، فقال أحدهما: "الأكبر ابن شريكي، والأصغر ابني"، وصدّقه الشريك، كانت الجارية أمّ ولد لشريكه، ويثبت نسب الأكبر من مدّعي الأكبر، ونسب الأصغر من مدّعي الأصغر، [ولو بدأ بنفسه][1] ولو[2] قال الأصغر ابني، والأكبر ابن شريكي، وصدّقه الشريك، كانت الجارية أمّ ولد لمدّعي الأصغر، ويثبت نسب كل واحد من الولدين من مدّعيه[3].

ثمة[4] فرّق بين ما إذا بدأ بنفسه أو بشريكه، وهنا سوّى بينهما، والفرق أن ثمّة الدعوى والإقرار وُجدا في ولدين، فثبوت نسب أحدهما منه لايمنع توقّف نسب الآخر على التصديق؛ لجواز أن يكون أحد الوالدين منه[5]، والآخر من غيره، أما هنا: الدعوى والإقرار وُجدا في ولد واحد، فإذا ثبت نسبه من أحدهما يبطل الآخر، ولايتوقّف، ومحلّ الاستيلاد وإن كان واحدا، وهي الجارية، إلاّ أن الاستيلاد تَبع للنسب، فإذا توقّف الأصل، وهو نسب الأكبر على تصديق الشريك، توقّف الاستيلاد[6].

ولو قال: "هو ابنك"، وسكت، ثم قال: "وابني معك" أو قال بعد ذلك: "ابننا"

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) "لو" ساقط من (ج) و (د).

(٣) راجع «المبسوط» ١٧/ ١٤٢.

(٤) "ثمة" ساقط من (ج) و (د).

(٥) في (ج) و (د): "أحدهما منه".

(٦) «المبسوط» ١٨/ ٤٦.

إن صدّقه صاحبه بأن قال: "هو ابني" أو "ابننا" أو قال: "ابني دونك" أو قال هو[1] "ابنك وابني" ثبت النسبُ من صاحبه؛ لأنه لما أقرّ على صاحبه، توقّف على تصديقه، وتعلّق به حق صاحبه، فإذا قال "وابني معك" أراد تغيير الأول، فلايصحّ مفصولاً، كما في الشرط والإستثناء[2].

وهذا لأن توقّف أول الكلام على آخره أمر ضروريّ، جُوّز عند الوصل لحاجة الناس إلى التكلّم بالشرط والإستثناء، وما كان في معناه، فإذا اتصل المغيّر بأول كلامه يبطل أوّل الكلام.

أما أذا فصَل لم يصحّ الكلام الثاني، فلايبطل الأول، وإذا بقي الإقرار، فإذا صدّقه صاحبه، استند التصديق إلى وقت الإقرار، وصار كأنه هو الذي ابتدأ بالدعوى، فلاتصحّ دعوة الآخر[3].

وإن كذّبه صاحبه بأن قال: "ليس بابن لي ولا لك"، أو قال "هو ابنك دوني"، لايثبت النسب من صاحبه؛ لأنه لايملك حمل النسب على غيره، ولايثبت النسب من المقرّ في قول أبي حنيفة. ويثبت في قول صاحبيه.

أصل المسألة[4] ما ذكر في البيوع: إذا أقرّ بنسب ما في بطن أمته من عبده، وكذّبه

---

(١) "قال هو" ساقط من (ج) و (د).

(٢) يرجع للدليل: تكملة «فتح القدير» ٧/ ٣٤٠.

(٣) راجع «المبسوط» ١٨/ ٤٦-٤٧.

(٤) في (ج) و (د): "وأصله".

العبد ثم ادّعاه لنفسه، لاتصحّ دعوته عند أبي حنيفة، وعندهما تصح[1].

ولو قال المقرّ له لشريكه: "هو ابنك دوني"، وسكت، ثم قال: "هو ابني"، لايثبت النسب [منه لأنه جحدا أولاً وأقر به لغيره فلا يصح دعوته بعد ذلك ولا يثبت النسب][2] من واحد منهما في قول أبي حنيفة، وعندهما يثبت من المقرّ؛ لأنه لما نفاه وسكت، تمّ نفيه، وبطل إقرار صاحبه له، وصار كان لم يكن.

هذا إذا كذّبه المقرّ له في حياته، وإن كذّبه بعد ما مات المقرّ، عندهما يثبت النسب من المقرّ؛ لأن المانع من ثبات النسب من المقرّ قد زال، فعمل إقراه، كما لو كذّبه في حياته.

هذا كله إذا كان الغلام صغيراً لايعبّر عن نفسه، فإن كان يعبّر عن نفسه، أو كان كبيراً[3]، فإن لم يكن أقرّ على نفسه بالرقّ لهما يرجع إلى تصديقه؛ لأنه حرّ بحكم الدار، فلاتصحّ الدعوة إلا بتصديقه، فبعد ذلك المسألة على وجهين:

إما أن ينكر جميع ذلك أو يقرّ، فإن أنكر لايكون ابنا لأحدهما، وإن أقرّ فهو على وجهين: إن أقرّ أنه ابن المقرّ، كان ابنا له لوجود الدعوة والتصديق، وكذا لو أقرّ أنه ابنهما يكون ابن للمقر؛ لأن تصديقه اتصل بالإقرار، فثبت النسب منه، وإذا ثبت النسب منه لايثبت من الآخر، لما قلنا[4].

وإن أقرّ أنه ابن الشريك، وصدّقه الشريك في ذلك، ثبت النسب منه، وبطل إقرار

---

(١) تكملة «فتح القدير» ٧/ ٣٤١.

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ج) و (د).

(٣) راجع تكملة «فتح القدير» ٧/ ٣٦٦.

(٤) «المبسوط» ١٨/ ٤٧-٤٨.

الآخر، وإن كان الغلام أقرّ بالرقّ على نفسه لهما، فهو بمنزلة من لايعبّر عن نفسه، لأنه لما أقرّ على نفسه بالرقّ، فقد أقرّ أنه لايدَ له، ولاقول، فلايرجع إليه، فإذا قال المقرّ: "هذا ابني وابنك"، أو "ابنك وابني"، أو "ابننا"، كان ابنا للمقرّ، لما قلنا في الفصل الأول، ثم بعد ذلك إن قال المقرّ له "هو ابن دونك"، أوقال: "هو ابننا" لاضمان على المقرّ، ولاسعاية على العبد، وإن عتق على المقرّ، وثبت نسبه من المقرّ، لأن المقرّ له لمّا ادعى نسبه، فقد أقرّ بحريته، و زعم أن شريكه ما أفسَد عليه شيئا.

وإن قال المقرّ له: "ليس بابن لي، أو قال: ليس باب لي ولا لك"، كان عتق الغلام مضافا إلى المقرّ، لأن عتوق الغلام[1] لم يكن في ملكهما، فكانت دعوة المقرّ دعوة تحرير، كأنه اعتقه، ومن أعتق عبداً بينه وبين غيره، إن كان موسرا ثبت لشريكه خيارات ثلاثة عند أبي حنيفة، وعندهما يضمن إن كان موسرا، ويسعى الغلام إن كان معسرا[2] كذلك هنا.

ومن هذا الفصل: جارية بين رجلين جاءت بولد، فقال أحدهما لشريكه: هو ابني وابنك، أو ابنك وابني، أو قال: ابني، أو ابننا، وصدّقه الشريك، فهو ابن للمقرّ خاصّة، وصارت الجارية أمّ ولد له، ويضمن لشريكه نصف قيمتها أمّ ولد، ولاعقر لأحدهما على الآخر، ولايرجع إلى تصديق الغلام، وإن كان الغلام وقت الإقرار كبيرا يعبّر عن نفسه[3].

أما إثبات النسب من المقرّ؛ فلانه أقرّ على نفسه بنسب مَن يحتاج إلى النسب، فينفذ

---

(١) في (ج) و (د): "العتوق".

(٢) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٣) راجع «المبسوط» ١٧/ ١٤٣.

إقراره، وإنما لايرجع إلى تصديق الغلام؛ لأنه وُلد في ملكها، فكان ملكا لهما من حيث الظاهر، فلايلتفت إليه، ولاعقر لإحدهما على الآخر، لأنه لما صدّقه صاحبه، فقد أقرّ كل واحد منهما بوطء الجارية المشتركة، ويجب نصف العقر على كل واحد منهما لصاحبه، وصار قصاصا حتى لو كذّبه صاحبه، غرم المقرّ نصف العقر، لأن صاحبه أنكر الوطء، فلايعتبر قصاصا[١].

وإذا ثبت نسبه من المقرّ صارت الجارية أمّ ولد له، لأن علوق الولد[٢] كان في ملكهما، فكانت دعوته دعوة استيلاد، وإذا صارت أمّ ولد له، ويصير متملّكا نصيب الشريك، يحل له وطيئها، فيضمن نصف قيمتها[٣].

ولايقال: لما صدّقه الشريك في ذلك، فقد أقرّ أنها أمّ ولد لهما، فينبغي أن لايضمن، ألاترى أن في مسألة أوّل الباب إذا صدّقه الشريك لايضمن شيئا من قيمته؛ لأنا نقول: بلى[٤]! إلا أن القاضي كذّبه فيما أقرّ حيث جعلها أمّ ولد للمقرّ، فيبطل إقراره[٥].

فإن قيل: لو بطل إقراره بتكذيب القاضي، ينبغي أن يضمن نصف قيمتها أمّ قنه[٦]

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٢) في (ج) و (د): "العلوق".

(٣) المرجع السابق.

(٤) في (ج) و (د): "نعم".

(٥) انظر «المبسوط» ١٦/ ١٥٥.

(٦) في (ج) و (د): "أم ولد".

[وقد قال في الكتاب إذا صدقه الشريك يضمن قيمتها أم ولد](1).

قلنا: إنما يضمن نصف قيمتها أمّ ولد؛ لأن المصدّق أقرّ الولد لهما، وبنقصان قيمتها، والقاضي كذّبه في أحدهما حيث جعلها أمّ ولد للمقرّ، وليس من ضرورة تكذيبه في أحدهما تكذيبه في الآخر، فبقي إقراره بنقصان القيمة، فإذا جعلها أمّ ولد للمقرّ، ونقل نصيب الشريك إليه، ومال المسلم لايملك إلا بضمان يعادله، وجب عليه قيمة نصيبه بقدر ما أقرّ به صاحبه، ويكون إقرار صاحبه بمنزلة الإبراء من ذلك القدر، حتى لو كذّبه صاحبه يضمن نصف قيمتها قنّة.

قال بعض مشايخنا: هذا قولهما، أما على قول أبي حنيفة لايضمن شيئاً؛ لأنّ عنده أمّ الولد غير متقوّمة، ومن المشايخ من قال لايضمن شيئاً في قولهم جميعا؛ لأن شريكه زعم أن صاحبه لم يتملّك عليه نصيبه، لأنّ أمّ الولد لاتحتمل النقل من ملك إلى ملك، فاعتبر زعمه إبراء لصاحبه عن الضمان، ووجه جواب الكتاب ما قلنا إن إقراره بعدم تملّك نصيبه بطل بالتكذيب، وإذا ثبت الملك ثبت بضمان يُقابله، بخلاف مسألة أول الباب؛ لأنّ ثمّة أقرّ بحريّة الولد، وما صار مكذّباً في ذلك(2).

واستوضح الفرق بين المسئلتين بمسألة ذكرها في الكتاب، قال: عبد بين رجلين ادّعى أحدهما أنه ابنه، ثم قال لصاحبه: إنك كنت اعتقته قبل هذا، فإن كذّبه صاحبُه ضمن، وإن صدّقه لاضمان عليه، لأن القاضي ما قضى إلا بحرية الغلام، فلم يصر مُكذّباً في إقراره بالحرية السابقة.

(1) ما بين المعكوفتين ساقط من (ج) و (د).

(2) «المبسوط» ١٧/ ١٨٤.

ولو اشتريا جارية، فادّعى أحدهما أنها أمّ ولد له، وقال الآخر: قد كنت أعتقتها قبل إقرارك، وكذّبه مدّعي الإستيلاد في ذلك، كان مدّعي الاستيلاد ضامناً لشريكه نصف قيمته؛ لأنّ إقراره بأمية الولد نفذ، وصار متملكاً نصب صاحبه بالضمان، وقضاء القاضي يجعلها أمّ ولد[1] له يُبطل كل عتق قبله، فكان ذلك تكذيباً لصاحبه في الإقرار بحرّيتها قبل ذلك، فإذا صار مكذّباً فيما أقرّ، لايبطل ضمان الاستيلاد عن المستولد، كذلك هنا.

واستوضح أيضاً: برجلين اشتريا جاريةً، فحبَلت عندهما، وولدت ولداً، فادّعى أحدهما الولدَ والآخر الأمّ، وخرج الكلامان معاً، ثبت نسب الولد ممن ادّعاه، وصارت الجارية أمّ ولد له؛ لأن دعوة مدعي الولد دعوة استيلاد؛ لأن علوقه كان في ملكهما، ودعوة صاحبه دعوة تحرير؛ لأن العلوق لم يكن في ملكه، فاستندت دعوة الإستيلاد إلى وقت العلوق، ويصير سابقاً حكماً، فتصير الجارية أمّ ولد له، ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها[2]، ولايبرأ من ذلك بإقرار شريكه فإن الجارية ابنته، لما قلنا إن الشرع لمّا جعلها أمّ ولد له، وكذّبه، بطل إقرار صاحبه بحريّة الجارية قبل ذلك، كذلك هنا.

الفصل الثاني:

قال: عبد بين رجلين، قال أحدهما لصاحبه: اعتقته أنا وأنتَ، أو أنتَ وأنا، أو قال اعتقناه، إن صدّقه صاحبه عتق كلهّ، ويصير مولى لهما؛ لأن الإعتاق يحتمل الشركة عند الكل، فإن الشريكين إذا اعتقا عبداً معاً كان كلّ واحد منهما معتقاً نصيبه، ويكون الولاء

---

(١) «المبسوط» ١٧/ ١٧٤.

(٢) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٧.

لهما، فإذا صدّقه صاحبه استند التصديق إلى وقت الإقرار، ويصير كأنهما أعتقاه معا[1].

وإن كذّبه صاحبه عتق نصيب المقرّ، وهو بمنزلة عبد بين اثنين أعتقه أحدهما، عند أبي حنيفة يعتق نصفه، ويخيّر شريكه، وعندهما يعتق كله، ونصف الولاء للمقرّ، ونصفه موقوف، لأن في زعم المقرّ أن نصف الولاء لصاحبه، وهو منكر، فبقي نصف الولاء موقوفا، فإن صدّقه صاحبه بعد ذلك يصير مولى لهما، لأن العتق والولاء لايحتمل النقض، فلايبطل بالتكذيب، فإذا عاد إلى التصديق، والإقرار قائم صحّ، ويجب على المصدّق ردّ ما أخذ من الضمان أو السعاية، لأنه أقرّ انه أخذ بغير حق[2].

الفصل الثالث:

جارية بين رجلين، قال أحدهما: "هي أمّ ولد لي ولك"، أو "لك ولي" أو قال: "أمّ ولدنا"، فإن صدّقه صاحبه فهي أمّ ولد بينهما؛ لأن الاستيلاد يحتمل الشركة، ألاترى أن الجارية المشتركة إذا ولدت فادّعياه معا؛ تصير أمّ ولد لهما، فإذا صدّقه صاحبه، صار كأنهما أقرّا معا، ولاشيء لأحدهما على الآخر[3].

بخلاف ما لو ولدت ولدا، وقال أحدهما: "هو ابني وابنك" أو "ابنك وابني" أو قال: "ابننا"، فإنه يثبت النسب من المقرّ من غير توقّف، وتصير الجارية أمّ ولد له؛ لأنه أقرّ بنسب الولد مقصودا، وأنه لايحتمل الشركة، فإذا وجد نفاذا على المقرّ، نفذ عليه، وبطل ما زاد عليه.

---

(١) «المبسوط» ١٨/ ١٦٩.

(٢) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٣) انظر «المبسوط» ١٦/ ١٤٢.

وإذا ثبت النسب منه تَبعتْه أمومية الولد؛ لأنها تَبع للنسب، أما هنا أقرّ بأمومية الولد مقصودا، وإنها تحتمل الشركة؛ فثبت على الوجه الذي أقرّ به، فلهذا نفذ في نصيبه، وتوقّف في حق الشريك على تصديقه، فإذا صدّقه يصير كأنهما أقرّا بذلك معا[1].

وإن كذّبه صاحبه فقال: ليست بأمّ ولدي، فإنها تصير أمّ ولد للمقرّ، وعليه لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها موسرا كان أو معسرا؛ لأنها صارت أمّ ولد له بإقراره، لأن إقراره على شريكه بطل بالتكذيب، فبقي إقراره[2]، ولو تفردّ بالإقرار كانت كلها أمّ ولد له، ويلزمه نصف قيمتها ونصف عقرها، كذلك هنا.

ويكون نصف خدمتها للمقرّ، والنصف موقوف، تَخدم المقرّ يوما، ويوما لا، لأن المقرّ زعم أن نصف خدمتها لشريكه، وهو إن ضمن لصاحبه نصف قيمتها، إلاأن نصيب صاحبه لايحتمل النقل من مِلك إلى ملك في زعمه، فبقي نصيب المقرّ على حكم ملكه، فيتوقّف نصف الخدمة، كمَن اشترى جاريةً، وزعم أن البائع كان استولدها قبل البيع، وكذّبه البائع، توقف خدمتها[3]، كذلك هنا.

فإن عاد الشريك إلى تصديقه بعد ذلك، كانت أمّ ولد لهما، ويردّ المصدّق على الشريك ما أخذ من الضمان؛ لأن نصيبه كان موقوفا، فإذا عاد إلى تصديقه صحّ تصديقه.

فإن مات أحدهما بعد ذلك، عتقت من غير سعاية، لأنها كانت أمّ ولد لهما، فإذا مات أحدهما عتق نصيبه من غير شيء، كما لو كانت كلها أمّ ولد له فمات، وإذا عتق

---

(١) راجع «المبسوط» ١٧/ ١٠١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) راجع «المبسوط» ١٧/ ١٠١.

نصيب الميت عتق الباقي، لأن أمّ الولد لا قيمة لها في قول أبي حنيفة، فإذا أعتق نصيب أحدهما، عتق الباقي بغير شيء[1]، كما لو أعتقها أحدهما.

وعند أبي يوسف ومحمد إذا مات أحدهما، تسعى للآخر في نصف قيمتها، لأن ماليتها متقوّمة في قول أبي يوسف ومحمد، فإذا مات أحدهما، أو أعتقها أحدهما تسعى للآخر[2].

هذا إذا مات أحدهما بعد التصديق، وإن مات أحدهما قبل التصديق، فإن مات المقرّ عتقت بغير سعاية، أما نصيب المقرّ؛ لأنها أمّ ولد له، فتعتق بموته، ولا تسعى لغريم ولا لوارث، وأما نصيب المنكر؛ فلأنّ في زعم المنكر أن كلها كانت أمّ ولد للمقرّ بإقراره، وقد عتقت بموته، ولي عليه الضمان دون السعاية، فلهذا تعتق كلها من غير سعاية.

وإن مات المنكر دون المقرّ عتقت أيضاً؛ لأنها أمّ ولد للمقرّ من حيث الحكم، وفي زعمه أن نصيب المنكر عتق بموته من غير سعاية، ونصيبي منها غير متقوّم، في قول أبي حنيفة تعتق كلها من غير سعاية[3]، وعندهما تسعى للمقرّ في نصف قيمتها؛ لأن في زعم المقرّ أن نصيب المنكر عتق بموته، ونصيبي منها متقوّم، ولي عليها السعاية، فتسعى عندهما في نصف القيمة، ولم يشترط في الكتاب تصديق الجارية المقرّ فيما قال لوجوب السعاية للمقر[4]، وهو الصحّيح، بخلاف التدبير على ما نذكر.

---

(١) راجع المبسوط ١٧/ ١٢٤.

(٢) نظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٧.

(٤) في (ج) و (د): "للمنكر".

الفصل الرابع :

أمة بين رجلين قال أحدهما : دبّرتها أنا وأنت، أو أنت وأنا، أو قال : دبّرناها، فإن صدّقه صاحبه، فهي مدبّرة بينهما؛ لأن التدبير يحتمل الشركة بمنزلة الإعتاق[1]، وإن كذّبه فهي أمة بين رجلين دبّرها أحدهما، وحكمه معلوم أن عند أبي يوسف ومحمد يصير الكل مدبراً؛ لأن التدبير عندهما لايتجزّ . فيضمن لشريكه إن كان موسراً، وتسعى الجارية إن كان معسراً.

وعند أبي حنيفة : إن كان موسراً كان للساكت خيارات خمسة : إن شاء اعتق، وإن شاء دبّر، وإن شاء تركها كذلك، وإن شاء استسعى، وإن شاء ضمن شريكه[2].

فإن ضمن فنصفها مدبرٌ للذي ضمن، ونصفها موقوف، تخدم المقرّ يوماً، ويوماً لا؛ لأن المقرّ أقرّ بنصف الخدمة لشريكه، وصاحبه يقول إن نصيبي زال عن ملكي إلى شريكي بالضمان، فيتوقّف نصيب الآخر.

فإن مات أحدهما بعد ذلك، إن مات المقرّ، والجارية مصدّقة له، عتق نصفها بموته؛ لأن نصيب المقرّ كان مدبراً فيعتق بموته بحكم التدبير، فإن كان له مال يخرج نصفها من ثلثه، عتق نصفها، ولاسعاية عليها، وإن لم يكن له مال آخر سعَت لورثة المقرّ في ثلثي نصف قيمتها[3]؛ لأن التدبير وصية، والوصايا تنفذ من الثلث، وماله نصف الجارية،

---

(١) قال في «فتح القدير» ٧/ ٢٨١ . والتدبير بمنزلة الاعتقاق.

(٢) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٣) راجع «المبسوط» ٧/ ١٢٥.

فيعتق ثلث النصف، وتسعى في ثلثي[1] النصف لورثة المقرّ، والنصف الذي هو نصيب الجاحد موقوف كما كان قبل ذلك، ولايعتق، وإن أقرّ الجاحد أن جميعها مدبّرة للميت؛ لأن في زعم الجاحد أن نصيبه زال عن ملكه إلى المقرّ بالضمان، فتعذّر تصحيح العتق في ذلك النصف[2] بإقرار الجاحد، وتعذّر اعتاقه بإقرار المقرّ؛ لأن في زعمه أنّ نصيب الجاحد ما انتقل إليه؛ لأنه مدبر فبقي موقوفا.

فإن مات المنكر بعد ذلك عتقت، وسعت في هذا النصف لورثة المقر[3]، لأنها إذا صدّقت المقرّ فقد زعمت أنها كانت مدبرة بينهما، وأن ما أخذ الجاحد من الضمان من المقرّ أخذ بغير حق، وكان ذلك دَينا عليه، فما دام حيّا لايتعلق بماله، فإذا مات تعلق بماله، والتدبير وصيّة، والموصى له إذا أقرّ بدَين على الميت، وفي يده شيء من مال الميت، يلزمه قضاء الدين منه، ونصفها كان ملكا للجاحد، وعليه دين مستغرَق لذلك النصف، فيلزمها قضاء الدين من ذلك النصف، فلهذا سعت لورثة المقرّ في نصف قيمتها.

وإذا وجبت السعاية عليها في نصف القيمة ازداد مال المقرّ، وظهر أن ماله نصف الجارية، ونصف قيمتها على الشريك، فيعتق ثلث جميع الرقبة، وتسعى في الباقي[4].

وإن كانت مكذّبة للمقرّ وقالت: دبَرتني أنت فكما مات المقرّ عتقت، وسعت في ثلثي قيمتها؛ لأنها زعمت أنها كانت مشتركة بينهما، وقد دبرها المقرّ، وانتقل نصيب

---

(١) في (ج) و (د): "ثلث".

(٢) راجع البحر الرائق ٤/ ٢٣٨.

(٣) انظر البحر الرائق ٤/ باب العبد يعتق بعضه.

(٤) انظر «المبسوط» ٧/ ١٢٤.

صاحبه إليه بالضمان، فنفذ تدبيره في الكل[1].

فإذا مات المقرّ عتق ثلثها، وتسعى في الباقي من غير توقف، وإن مات المنكر أوّلا، فإن كانت الجارية صدّقت المقر، تسعى في جميع قيمتها للمقرّ.

أما في نصيب المكذّب فلأن في زعمها أن نصيبه مدبّر، وأن ما أخذ الجاحد من الضمان أخذ بغير حقّ، وهو دَين في تركته، والدين مقدم على الوصية، فتسعى في نصيب الجاحد لقضاء دينه، وتسعى في نصيب المقر[2].

وأما في نصيب المقرّ فلأن في زعمها أنها كانت مدبرة بينهما، والمدبر بين شريكين إذا مات أحدهما يسعى للباقي منهما في قيمة نصيبه، كالعبد بين شريكين إذا اعتقه أحدهما، فلهذا تسعى للمقرّ بقيمتها[3].

وإن كذّبته الجارية، وقالت: دبّرتني أنت، أو قالت: تدبرت عليك بإقرارك، سعَت للمقرّ في نصف قيمتها، لأن الجارية تزعم[4] أنها مدبرة للمقرّ خاصّة. وإن نصيب الجاحد انتقل إليه بالضمان، وإنما عتق نصيب الجاحد، لا بموت الجاحد، بل بإقرار المقرّ، فإن المقرّ يزعم أن نصفها عتق بموت الجاحد، فلايلزمها السعاية في نصيب الجاحد في زعم الجارية، وإنما يلزمها السعاية في نصيب المقرّ، لأن جميعها مدبرة للمقرّ، وقد عتق نصفها للمقرّ بإقراره، فيلزمها السعاية في النصف، كما لو كان كلها مدبرة له فأعتق

---

(١) البحر الرائق ٤/ باب العبد يعتق بعضه.

(٢) راجع «المبسوط» ١٧/ ١٢٥.

(٣) البحر الرائق ٤/ ٢٣٣-٢٣٤. باب العبد يعتق بعضه.

(٤) في (ج) و (د): "لأنا زعمت".

نصفها.

فإن مات المقرّ بعد ذلك قبل أداء السعاية، لم يذكر هذا في الكتاب، قالوا في الوجه الأول: وهو ما إذا كانت الجارية صدّقت المقرّ، سقط عنها ثلث السعاية، وتسعى في ثلثي قيمتها لورثة المقرّ[1]، لأن نصيب الجاحد عتق بموته، ولزمتها السعاية في هذا النصف لقضاء دين الميت، ولزمتها السعاية في النصف الباقي ضرورة عتق النصف، إلاأن العتق عند أبي حنيفة يتجزآ، والمستسعى بمنزلة المكاتب، فبقي نصيب الجاحد قبل أداء السعاية مدبّرا كما كان، فإذا مات المقرّ وجب تنفيذ الوصية في ثلث ماله، وماله عند الموت نصف السعاية بدين الجاحد، ونصف رقبتها، فتنفذ الوصية في ثلث ذلك، فيسقط عنها ثلث السعاية، وتسعى في الثلثين لورثة المقر[2].

وإن كانت الجارية كذّبته، سعت لورثة المقرّ في ثلث قيمتها، لأن في زعمها أنها مدبّرة للمقر، وعتق نصيب الجاحد بغير شيء بإقرار المقرّ لا بموت الجاحد، ووجبت عليها السعاية في النصف ليعتق الباقي، فإذا مات المقرّ قبل أداء السعاية، تنفذ الوصية في ثلث ماله، وماله نصف رقبتها، فيعتق ثلث النصف، وتسعى في ثلثيه، وهو ثلث الكل، وهذا كله قول أبي حنيفة.

أما عند أبي يوسف ومحمد: إذا أقرّ أحدهما بالتدبير تصير كلها مدبرة؛ لأنه لايتجزآ، فإن صدّقه الشريك كانت مدبرة بينهما، ويكون الحكم ما قلنا، وإن كذّبه الشريك

(١) هذا على الأصل المقرر بين أبي حنيفة وصاحبيه، أن الإعتاق يتجزأ عنده، ولا يتجزآ عندهما. راجع البحر الرائق ٤/ ٢٣٣.

(٢) انظر «المبسوط» ١٧/ ١٢٥

ضمن المقرّ لشريكه نصف قيمتها موسراً كان أو معسراً، ويصير الكل مدبراً[1]؛ لأن التدبير لايتجزأ، فإذا صار نصيب المقر مدبراً، صار الكلّ مدبراً، وإذا صار الكلّ مدبراً بإقراره انتقل إليه نصيب الشريك بالضمان، ويصير الكلّ مدبراً. وانتقل نصيب الشريك إليه بأداء الضمان، وضمان التملّك لايختلف باليسَار والعَسار، فيضمن على كل حال، ويكون النصف مدبراً له، والنصف موقوف؛ لأنه في النصف يحمل التدبير على الغير، وهو ينكر، فيتوقّف[2].

فإن صدّقه الشريك بعد ذلك صحّ تصديقه، وتصير مدبّرة بينهما؛ لأن الإقرار بالتدبير لايبطل بالردّ، وإذا عاد تصديقه، والإقرار قائم، صحّ تصدبقه، ويبطل الضمان عن المقرّ إن كان لم يأخذ، وإن كان أخذ الضمان ردّ ما أخذ.

وإن مات أحدهما قبل التصديق، فإن مات المقرّ سعت في ثلثي نصف قيمتها لورثة المقر[3]، صدّقته الجارية في ذلك أو كذّبته.

أما إذا صدّقته فلما قلنا إن المقرّ مع الجارية تصادقا إن نصفها مدبّر له، فيعتق ذلك النصف من الثلث، فتسعى في ثلثي ذلك النصف، ولاسعاية عليها في نصف المنكر مادام حيّا، ولأنّ دَين الحيّ لايتعلق بماله، فتؤخّر السعاية عليها في نصف الباقي إلى أن يموت الآخر.

وأما إذا كذّبته فكذلك أيضاً؛ لأنها تقول أنا مدبّرة المقر، وعليّ السعاية لورثته في

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٢) انظر «كنز الدقائق» وشرحه «البحر الرائق» ٤/ ٢٣٤.

(٣) راجع «المبسوط» ٧/ ١٢٤.

الثلثين، والورثة يصدّقون المقرّ، فكان في زعم الورثة أن نصفها مدبر للشريك الآخر، ولاسعاية لباقي ذلك النصف، وهذا إقرار مَحض، فيبطل بالتكذيب.

بخلاف ما قلنا لأبي حنيفة، فإن عنده إذا كذّبته الجارية، ثم مات المقرّ، سعت في ثلثي قيمتها لورثة المقر، وعندهما تسعى في ثلثي نصف قيمتها؛ لأن عند أبي حنيفة بعتق البعض لايعتق الكلّ عنده[1]، فكانت طالبة بأداء السعاية حقا لها، وهو عتق الكلّ، فالقاضي قضى لها بعتق الكل عند أداء السعاية، فلايبطل ذلك بالتكذيب، وكان ذلك بمنزلة إقامة البينة على ذلك.

أما عندهما: إذا عتق بعضها بموت المقرّ عتق كلها[2]، فبقي إقرارها بالسعاية محض إقرارٍ بالمال، فيبطل [بالتكذيب فلهذا اسعت في ثلثي نصف قيمتها ويؤخذ السعاية في النصف الباقي][3] لاحتمال أن يعود المكذّب إلى التصديق، فإن رجع إلى التصديق، ردّما أخذ من الضمان، وسعت له في نصيبه[4]، كما لو صدّقه في الإبتداء، ثم مات أحدهما فإنها تعتق، وتسعى للباقي منهما، كذلك ههنا.

وإن لم يرجع المكذّب إلى تصديقه حتى مات، والجارية صدّقت المقرّ، أو كذّبته، فإنها تسعى في ثلثي قيمتها لورثته، أما إذا صدّقت المقر: فلأنها مع المقرّ تصادقا أنها مدبرة بينهما، فإذا مات المنكِر وجبت عليها السعاية في نصيبه لقضاء الدين من الوجه الذي قلنا،

(١) انظر «المبسوط» ١٧/ ١٢٦.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦. والبحر الرائق ٤/ ٢٣٣.

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ج) و (د).

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٤.

فازداد مال المقرّ، فوجب تنفيذ وصيته في ثلث ماله، وهو ثلثا النصف[1]، فيلزم السعاية في ثلثي قيمتها.

وأما إذا كذّبته: فلأن في زعمهم أنه يجب عليها السعاية في ثلثي قيمتها، أما في زعم ورثة المقر فلما قلنا في وجه التصديق، وأما في الجارية فلأنها تزعَم أنها كانت مدبرة المقرّ، وعتقت بموته، ووجبت عليها السعاية في ثلثيها.

وإن مات المنكر أوّلاً، ذكر على قولهما خاصةً أنها إن صدّقت المقر سعت في جميع قيمتها لورثته[2]؛ لأنها زعمت أنها كانت مدبرة بينهما، وبموت أحدهما عتق كلها عندهما، ونصف القيمة كان دَيناً على المنكر فتلزمها السعاية في ذلك لقضاء الدين، و تلزمها السعاية في نصيب المقر ضرورة أن العتق لايتجزء[3]، كالمدبرة بين اثنين إذا مات أحدهما، تسعى للباقي منهما في نصيبه، فإذا عتق كلها وجبت السعاية في جميع الرقبة، لاتسقط بموت المقرّ بعد ذلك.

وإن كذّبته الجارية سعت للمقر في نصف قيمتها لاغير؛ لأن في زعمها أنها كانت مدبرة للمقر خاصة، وإنما عتق نصفها بعد موت المكذّب بإقرار المقر، لا بموت المكذّب، فلم تجب عليها السعاية في ذلك النصف، وإنما وجبت عليها السعاية في نصيب المقر، فيلزمها السعاية في نصف قيمتها لاغير، وإذا عتقت، ووجبت السعاية في نصف القيمة، لاتسقط بعد ذلك[4].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) راجع البحر الرائق ٤/ ٢٣٥.

(٣) المرجع السابق و «المبسوط» ١٧/ ١٢٦.

(٤) البحر الرائق ٤/ ٢٣٦. وتكملة «فتح القدير» ٧/ ٢٨١.

باب من الإقرار بالدين لقول الوارث أن أباه قبض من غريمه ويجحد الوارث الآخر

بنى الباب على أصول:

منها: أن الإقرار بالاستيفاء إقرارٌ بالدين؛ لأن قبض عين الدين لايتصور[1]؛ لأنه وصف الذمة، وإنما الديون تقضى بأمثالها، لا بأعيانها[2].

وطريق ذلك أن يجب للمديون على صاحب الدين مثلُ ما عليه، فيلتقيان قصاصاً، ويكون آخرهما قضاء عن الأول، وإذا كان طريق الاستيفاء هذا، كان الإقرار بالإستيفاء إقرار بالدين.

والثاني: أن المقرّ يعامَل بإقراره، كأنّ ما أقرّ به حقّ؛ لأنّ إقراره حجّة عليه[3].

والثالث: أن بيع المريض من وارثه وصية عند أبي حنيفة، وعندهما: إن لم يكن فيه محاباة لايعتبر وصية[4].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل مات، وترك ابنين لاوارث له غيرهما،

---

(١) انظر تكمله «فتح القدير» ٧/ ٣٧٣.

(٢) «المبسوط» ١٨/ ١٨٩.

(٣) راجع «المبسوط» ١٨/ ١٨٢.

(٤) انظر تكمله «فتح القدير» ٧/ ٣٧٣.

وله على رجل ألف درهم دَين، فقال الغريم: قبض مني الميّت خمس مائة درهم، وصدّقه أحدهما، وكذّبه الآخر، قال يأخذ المكذّب من الغريم خمس مائة درهم، ولاشيء للمصدّق؛ لأن المصدّق لما صدّقه في الإستيفاء فقد أقرّ على مورثه بدين خمس مائة، لما ذكرنا أن الأقرار بالاستيفاء إقرار بالدين[1].

ولو أقرّ على مورثه بدين خمس مائة، وكذّبه الآخر يقضي ذلك من نصيبه[2]، ولايسلّم له شيء من الميراث لكون الدين مقدّماً على الميراث، فكذلك هذا.

فإن قال المصدّق الابن للغريم: إنك أقررتَ على نفسك بخمس مائة للميت، نصفها لي، ونصفها للابن الآخر، فلي أن أرجع عليك بمائتين وخمسين، لايلتفت إليه، لأن القاضي صرَف إقرارَه إلى نصيبه، فلا يبقى له حق المطالبة شيء.

كما لو أقرّ أنه استوفى بنفسه خمس مائة ولأن المصدق لو رجع على الغريم شيء لا يفيد، فكذا إذا أقرّ بالاستيفاء[3]، ينصرف الإقرار إلى نصيبه؛ لأنه لايفيد الرجوع؛ لأنه لو أخذ منه شيئاً تَنتقض المقاصّة بذلك القدر، فيصير ذلك القدر دَيناً للغريم على الميت، فكان له أن يرجع بذلك في نصيب المصدّق من التركة فلايفيد، وليس للمصدّق أن يشارك المكذّب فيما قبض من الغريم؛ لأن من حجة المكذّب أن يقول: إنك قد اتلفتَ حقك

---

(١) «المبسوط» ١٨/ ١٨١.

(٢) ونظيره ما ذكر في تكملة «فتح القدير»: ومن مات وترك ابنين وله على أخر مأته درهم فا قرا حدهما أن اباة قبض منهما خمسين لا شيئ للمقر ولأخر خمسون. ٧/ ٣٧٣.

(٣) راجع «المبسوط» ١٨/ ٤٥-٤٦.

بإقرارك، فيسلم لي الباقي[1].

ولو كان الغريم إدّعى أنه أوفاه جميع الالف، وصدّقه أحدهما، وكذّبه الآخر، بريء الغريم عن خمس مائة، ويرجع المكذّب على الغريم بخمس مائة بعد مايحلف المكذّب: بالله مايعلم أن الميت قبَض منه[2].

أما براءة الغريم عن نصيب المصدّق، ورجوع المكذّب على الغريم لما قلنا في الفصل الأول، وإنما يحلف المكذّب هنا، ولايحلف في الفصل الأول[3].

لأن في الفصل الأول الغريم إدعى البراءة عن خمس مائة، وقد حصل له البراءة عن خمس مائة بإقرار المصدّق، فلايحلف المكذّب لحق الغريم. أما هنا: الغريم يدّعي البراءة عن الالف، وقد بريء عن خمس مائة، فيحلف المكذّب لحق الغريم لرجاء النكول، وإنما يستحلف على العلم؛ لأنه استحلاف على فعل الغير.

فإن كان الميت ترك ألفاً أخرى، واقتسم الابنان يرجع الغريم على المصدّق بالخمس مائة التي أخذها المكذّب من الغريم، وذكر في "الأمالي" أنه لايرجع؛ لأن الغريم زعَم أنه بريء عن جميع الألف، إلاّ أن الابن الجاحد ظلمه، ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره، وما أخذ الجاحد من الغريم دَين على الجاحد، ودين الوارث لايقضى من تركة الميت، فلايرجع[4].

---

(١) انظر للدليل تكملة «فتح القدير» ٧/ ٣٧٣.

(٢) انظر تكملة «فتح القدير» ٧/ ٣٧٣.

(٣) انظر «المبسوط» ١٨/ ٤٦.

(٤) راجع للتفصيل «المبسوط» ١٨/ ٤٥-٤٦.

وجه ظاهر الرواية أن المصدّق أقرّ على أبيه بدين ألف درهم ضرورة الإقرار بالاستيفاء، فإذا كذّبه الآخر، وأخذ منه خمس مائة، لم تسلم له البراءة إلا عن خمس مائة[1]، فبقيت الخمس مائة دينا على الميت، فيرجع بذلك[2] على المصدق؛ لأن الدين مقدم على الميراث.

وما قال: "بأن الغريم أقرّ أنه استفاد البراءة عن جميع الألف إلا أن الجاحد ظلمه". قلنا: بلى! إلا أن القاضي لما قضى على الجاحد بخمس مائة، فقد كذّبه فيما أقرّ، فيبطل إقراره بقضاء القاضي.

ونظير هذا ما ذكر في "الجامع الكبير": رجل عليه دين لرجل، أمر رجلا أن يقضي دينه، فقال المأمور: قد قضيتُ، وصدّقه الآمر، وكذّبه صاحب الدين، وحلف، وأخذ دينه من الغريم[3]، لم يكن للمأمور أن يرجع على الآمر، وإن أقرّ الآمر[4] على نفسه للمأمور بالدين لما صدّقه في القضا، وإنما لايرجع؛ لأن المقصود من القضاء هو البراءة، فإذا لم تحصل له البراءة، وصار مكذبا، لايرجع عليه[5] المأمور، كذلك هنا.

واستشهد هذا الأصل بمسائل:

منها: لو قال الغريم: كنت أقرضتُ الميت ألف درهم بعد ما كان له عليّ ألف،

---

(١) انظر تكملة «فتح القدير» ٧/ ٣٧٤.

(٢) في (ج) و (د): "فيرجع به".

(٣) قوله: "من الغريم" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "الآمر" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "عليه" ساقط من (ج) و (د).

وصار القرض قصاصا بدَينه، وصدّقه أحدهما، وكذّبه الآخر، وأخذ[1] منه خمس مائة، وقد اقتسما ألفا أخرى بينهما، أما كان لهذا الغريم أن يرجع على المصدّق بخمس مائة؟ بل[2] كان له ذلك؛ لأنه لما صدّقه في القرض، فقد أقرّ على الميت بدين ألف درهم، وإنما يبرأ عن الدين بالمقاصّة، ولم تقع المقاصّة في خمس مائة، فبقي دينا على الميت، فيستوفي من تركته.

ومنها: لو قال الغريم: كان لي على أبيكما ألف درهم مؤجّلا قبل دينه، فحلّ الأجل، فصار ذلك قصاصا بدينه، وصدّقه أحدهما، وكذّبه الآخر، وأخذ منه الجاحد.

ومنها: لو قال الغريم: إني قضيتُ أباكما في حياته هذه الألف التي تركها لكما، فصدّقه أحدهما، وكذبه الآخر، وقد اقتسما الألف بينهما، وأخذ المكذّب من الغريم خمس مائة، كان للغريم أن يرجع على المصدّق بالخمس مائة التي في يده.

ومنها: رجل حضَره الموت، وله ثلاث بنين، وله على أحدهم ألف درهم، فأقرّ باستيفائها، وكذّبه الإبنان الآخران، لايصدّق، لأن الإقرار بالاستيفاء إقرار بالدين[3]، وهو في معنى الوصية، فلايصحّ للوارث إلا بتصديق الورثة، فإذا صدّقه أحد الإبنين، وكذّبه الآخر، بريء الإبن المقرّ له عن نصيبه، وهو الثلث، وعن نصيب المصدق، وذلك ثلث، ويغرم للمكذب ثلث الألف.

فإن ترك الميّت ألفا أخرى، واقتسموها بينهم، يأخذ الإبن الغريم ثلث الألف من

---

(١) في (ج) و (د): "أخذت".

(٢) "بل ساقط من (ج) و (د).

(٣) انظر «المبسوط» ١٨/ ٤٥-٤٦.

نصيبه، ونصيب المصدق، ولأن في زعم المصدق والإبن المقر له أن الميت أخذ من الغريم ألفا على وجه الاقتضاء، وكان ذلك ديناً عليه مالم تقع المقاصّة، وقد بطلت المقاصّة في الثلث الذي أخذه منه المكذّب، فبقي ذلك ديناً على الميت، فيقدّم على الميراث، يبقى ثلث الألف بينهما نصفين[1].

قال: [2]و لولم يكن له دين على وارثه، ولكن في يده عبد قيمته ألف، فقال في مرضه: بعته من ابني هذا بألف درهم في صحتي، واستوفيت الثمن، وسلّمت العبد إليه، ثم أودَعَنيه، وصدّقه المقرّ له وأحد الباقين، وكذّبه الثالث[3] ثم مات الأب[4].

فإنّ قياس قول أبي حنيفة: ياخذ المكذّب ثلثَ العبد؛ لأنه متّهم في إسناد البيع إلى حالة الصحة، فيجعل كأنه انشأ البيع في المرض، وأنه وصية، فلايصح إلاّ بإجازة الورثة[5]، فإذا كذّبه أحدهم كان للمكذب أن ينقض البيعَ في نصيبه، وهو الثلث، فإذا أخذ المكذّب ثلثَ العبد، خيّر المقرّ له: إن شاء أمضى البيع في الثلثين، وإن شاء ترك؛ لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب[6].

(١) راجع «المبسوط» ١٨/ ٤٥-٤٦.

(٢) "قال ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "الآخر.

(٤) "الأب" ساقط من (ج)، وثبوته أصح.

(٥) راجع «المبسوط» ١٨/ ٤٦-٤٧.

(٦) المرجع السابق.

فإن أمضي البيع في الثلثين، وقد كان الميت ترك مالاً آخر لورثته[1]، رجع المقرّ له بثلث الثمن في نصيب المصدق ونصيب المقرله من ذلك المال؛ لأن الميت[2] أقرّ باستيفاء الثمن، فإذا استحقّ ثلث العبد على المشتري، رجع بثلث الثمن في تركة الميت[3].

وإن اختار المقرّ له نقضَ البيع، صار العبد بينهم أثلاثاً، ورجع المقر له بجميع الثمن في نصيبه ونصيب الأخ[4] المصدق من العبد، ومن مال آخر إن كان للميت مال آخر؛ لأن جميع الثمن صار ديناً على الميت عند انفساخ البيع بتصادقهما[5].

وعلى قول أبي يوسف ومحمد: لايفسخ البيع في شيء من العبد؛ لأن نفس البيع عندهما ليس بوصية، إنما الوصية في المحاباة، ولا محاباة ههنا، لكن يغرم المقر له ثلث الثمن للجاحد؛ لأن إقرار المريض بإستيفاء الثمن لم يصحّ في حق الجاحد؛ لأنه وصية؛ فيرجع بثلث الثمن على المقر له، ولايخيّر المقر له في نقض البيع، وإن غرم ثلث الثمن زيادة على ما التزم؛ لأن المقرله يرجع بما غرم في نصيبه ونصيب المصدق، فلايعدّ ذلك غرماء[6].

---

(١) سقط "لورثته" من (ج) و (د).

(٢) "الميت" ساقط من (ج) و (د).

(٣) راجع تكملة «فتح القدير» ٧/ ٣٧٢-٣٧٣.

(٤) "الأخ" ساقط من (ج) و (د).

(٥) المرجع السابق.

(٦) تكملة «فتح القدير» ٧/ ٣٣٧.

وكذا لو كان المريضُ باع العبدَ[١] من أحدهم بمعاينة الورثة بمثل قيمته، ثم أقرّ بإستيفاء الثمن، كان الجواب ما قلنا.

هذا إذا لم يكن في البيع محاباة، فإن كان فيه محاباة بأن كانت قيمته ألفي درهم، فأقرّ بالبيع بألف درهم، وبقبض الثمن، وصدّقه أحد الإثنين[٢]، وكذّبه الآخر، على قول أبي حنيفة لايختلف الجواب: يفسخ البيع في الثلث، ويردّ على المكذب، وهذا والفصل الأول سواء؛ لأن عنده نفس البيع وصية.

أما على قول صاحبيه[٣]: نفس البيع ليس بوصية، إنما الوصية في المحاباة، فإذا أقرّ بذلك في مرضه صار كأنه أنشأ البيع، وحابى، فيخيّر المقر له: إن شاء فسخ البيعَ، وإن شاء أمضى، وبلّغ الثمن إلى تمام القيمة في نصيب المكذب، فيغرم ثلث الألفين، ثم يرجع المقرّله بنصف ما غرم للمكذب في نصيبه ونصيب المصدق[٤]؛ لأن المقرّله والأخ[٥] المصدق تصادقا أن الميّت استوفى منه ألف درهم، وقد بطلت المقاصّة في نصيب الجاحد، وهو ثلث الألف بقضاء القاضي، فصار ذلك القدر[٦] دينا على الميت باتفاقهما، فيقدم على الميراث[٧].

---

(١) العبارة في (ج) و (د): "لوباع العبد المريض من أحدهم"، وما أثبت أصح.

(٢) جاء في (ج) و (د): "صدّقه أحدهما".

(٣) في (ج) و (د): "أما على قولهما".

(٤) تكملة «فتح القدير» ٧/ ٣٣٨.

(٥) "الأخ" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "القدر" ساقط من (ج) و (د).

(٧) راجع «المبسوط» ١٨/ ٤٦-٤٧.

أما الزيادة على ثلث الألف، فإنما غرم لإزالة المحاباة في نصيب المكذب، لا بسبب استيفاء الميت، فلا يرجع بذلك على أحد، وإذا لم يرجع المقرّله في التركة إلا بنصف ما غرم، وهو ثلث الألف، بقي ثلث الألف غرماً محضاً، لزمه بسبب البيع، فيخيّر المقرّله إن شاء فسخ البيع[1]، وإن شاء أمضى[2]، بخلاف ماتقدم؛ فإن فيما تقدم[3] يرجع في نصيب نفسه ونصيب المصدق من الميراث بجميع ما غرم فلا يخيّر[4].

وإذا ثبت له الخيار ههنا، فإن فسخ البيعَ، وردّ العبدَ، صار العبد ميراثا بينهم، ويرجع المقرّله بجميع الثمن على الوجه الذي ذكرنا لأبي حنيفة في الوجه الأول.

وإن شاء فسخ البيعَ في حصّة[5] المكذب، وهو ثلث العبد؛ لأن زيادة الثمن إنما تلحقه في هذا الثلث، فكان له أن يفسخ البيع في الثلث[6]، وإن كان فيه تفريق على الجاحد؛ لأن المقرّله لو نقض البيعَ في الكل، لايسلّم للجاحد إلا ثلث العبد، فضرر التفريق مستحقّ عليه على كلّ حال، وإذا فسخ البيع في ثلث العبد رجع بثلث الألف في حصته، وحصة المصدّق لا غير[7]، لما قلنا.

ـ والله أعلم ـ

---

(١) "البيع" ساقط من (ج) و (د).

(٢) المرجع السابق.

(٣) في (ج) و (د): "لأن ثَمّة يرجع".

(٤) سقط قوله: "بجميع ما غرم فلا يخيّر" من (ج) و (د).

(٥) في (ج) و (د): "نصيب المكذب".

(٦) انظر «المبسوط» ١٨/ ٤٦-٤٧.

(٧) المرجع السابق، وتكملة «فتح القدير» ٧/ ٣٦٤.

كتاب الغصب(١)

باب من الغصب(٢) والجناية مع الشراء

ذكر في الباب فصولا ثمانية: البيع، والهبة، والغصب، والوديعة، والغرور، والعفو مع القتل، والوكالة، والكفالة.

وبناها على أصول ثلاثة:

أحدها: أن زوال المغصوب عن ملك المالك عند أداء الضمان، يستند إلى وقت الغصب في حق المالك والغاصب، وفي حقّ غيرهما يقتصر على التضمين، إلا إذا تعلّق بالاستيلاء حكم شرعيّ يمنعنا من أن نجعلَ الزوالَ مقصورا على الحال، فحينئذ يستند في حقّ الكلّ؛ لأن الزوال في حق المالك والغاصب استنَدَ لا لكون الغصب سببًا للملك و[illegible]، حتى يستند في حق الكل، بل ضرورة وجوب الضمان من وقت الغصب، فلا يظهر ذلك

---

(١) "كتاب الغصب" لم يثبت في الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) "الغصب" في اللغة: أخذ الشيء ظلما وقهرا، وفي الشرع: "هو أخذ مال متقوم محترم بلاإذن مَن له الإذن، على وجه يُزيل يدَه بفعل في العين"، وهذا التعريف على قول الشيخين، فإنهما اعتبرا في الغصب: إزالة اليد المحقّة بإثبات اليد المبطلة بفعل في العين. أما الإمام محمد رحمه الله فاكتفى بإثبات اليد المبطلة. راجع: «المغرب» ٢/ ١٠٥، «مجمع الضمانات» ص ١١٧، «الهداية» مع «فتح القدير» ٩/ ٣٢١، «بدائع الصنائع» ٧/ ٢١١.

في حق غيرهما إلا إذا اتصل بالاستناد حكم شرعيّ، لأن حكم الشرع يظهر في حق الكل، فيظهر الاستناد في حق الكل.

والثاني: أن هلاك الجاني، لا إلى الخلَف يبطل في حق وليّ الجناية، وهلاكه إلى خلَف لايبطل؛ لأن موجِب الجناية يتعلق بنفس الجاني، وبطلان محل الحق موجب بطلان الحق، إلا إذا فات إلى خلَف؛ لأن البدل يقوم مقام المبدل، فيتحوّل الحق إليه.

والثالث: أن المخيّر بين أمرَين إذا اختار أحدَهما، بطل الآخر؛ لأن ما اختاره تعيّن حقا له من الأمر[1].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل اشترى جاريةً بألف درهم، فقبضها، فقتلت عنده قتيلا خطأ، ثم ماتت، فاستحقّها رجل بالبينة، وقضى له القاضي، فهو بالخيار إن شاء ضمن البائعَ قيمتها، وإن

(١) هذه قاعدة أصولية هامة تعرض لها الفقهاء والأصوليون، وترتب عليها فروع كثيرة في الفقه، أشار إليه الإمام الجصاص في تفسير قوله تعالى: ﴿فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان﴾ [البقرة: ١٧٨]. فقال: «من كان مخيراً بين أحد شيئين فاختار أحدهما كان الذي اختاره هو حقه الواجب له، قد تعين عليه حكمه عند فعله كأنه لم يكن غيره». «أحكام القرآن» ١/ ١٨٩، ونص عليه الإمام السرخسي بقوله: «المخير بين شيئين إذا اختار أحدهما تعين ذلك باختياره»، وقال في موضع آخر: «المخير بين الشيئين إذا أدّى أحدهما تعيّن ذلك من الأصل واجباً». انظر «المبسوط» ٢٥/ ١٢٤، ١٣٣، ٢٠/ ٤٧، ٣/ ١٥.
وينظر: «الفصول في الأصول للجصاص» ٢/ ١٤٧، «كشف الأسرار» للنسفي ١/ ٣١٤، «القواعد» لابن رجب ص ٢٤٤.

شاء ضمن المشتري؛ لأن كل واحد منهما غاصب في حقه، البائع بالغصب السابق[1]، والمشتري بالقبض بغير إذنه، فإن ضمن البائع برئ المشتري، وجاز البيع، وسلم الثمن للبائع، والقيمة المأخوذة[2] للمستحق.

وأما براءة المشتري عن الضمان؛ لأن الشرع أثبت له ولايةَ التضمين بشرط تمليك المغصوب من الضامن، وبعد ما ملكها من البائع لا يمكن التمليك من المشتري، فيبرأ المشتري ضرورةً.

وأما نفاذ البيع؛ فلأنه لما ضمن البائع، ملكها البائع من وقت الغصب، فيصير بائعا مالَ نفسه، وإذا نفذ البيع سلم الثمن للبائع ضرورة.

وأما سلامة القيمة للمستحق؛ فلأنها وجبت بالغصب السابق، ووقت الغصب[3] لم تكن جانية، فكانت هذه القيمة بدل ملك فارغ، لا بدل ملك مشغول بالجناية، فلا تتحوّل إليها الجناية، وتسلم للمستحق، ويبطل حق وليّ الجناية ضرورة فوات محل الجناية لا إلى بدل.

وإن ضمن المشتري قيمتها انتقض البيع، ويرجع المشتري بالثمن على البائع، [ولا تسلم القيمة للمستحق بل يدفعها][4] إلى وليّ الجناية.

أمّا انتقاض البيع، فلأنه لما ظهر الاستحقاق ظهر أن البيع كان موقوفا على إجازة

---

(١) "السابق": ساقط من (ج) و (د).

(٢) "المأخوذة": ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "البيع".

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

المستحق، فإذا ضمّن المستحق قيمتها، فقد ملكها بالقيمة، فيكون نقضًا للبيع السابق، ولأنه لما ملكها من جهة المستحق، فقد طرأ الملك الباتّ على الملك الموقوف فيبطله.

وإذا انتقض البيع بينهما، يرجع المشتري بالثمن على البائع، وإنما يدفع القيمةَ إلى أولياء الجناية؛ لأن المشتري ملكها بأداء الضمان مستندا إلى وقت قبضه من البائع، والجناية كانت بعد القبض، فلا تتحوّل إلى هذه القيمة، كما في تضمين البائع.

ووجه ما ذكر في الكتاب: أنّ زوال المغصوب عن ملك المالك يقتصر على التضمين في حق غير المالك والغاصب، وإذا اقتصر كان التضمين بمنزلة ابتداء التمليك بعد الجناية، فتتحوّل الجناية إلى بدلها، وإنما بطلت الجناية في تضمين البائع؛ لأنه لما ضمن البائع، ثبت الملك له من وقت الغصب من وجه، والملك من وجه يكفي لنفاذ البيع كملك المكاتب.

وإذا حكمنا بنفاذ البيع لم يكن التضمين تمليكا مبتدأ بعد الجناية، فكانت الجناية حاصلة على ملك المشتري، فكانت القيمة بدل ملك فارغ، لا بدل ملك مشغول.

أما هنا لم يتعلق بالاستناد حكم شرعيّ يمنعنا من الاقتصاد، فبقي التضمين تمليكا مبتدأ بعد الجناية، فيتحوّل إلى القيمة، فيؤمر بالدفع إلى أولياء الجناية، ثم يرجع عليه بقيمة أخرى؛ لأن المشتري قبض جاريةً فارغة، فلا يبرأ بردّ قيمةٍ مشغولة.

فإذا استحقّت القيمة من يد المستحق بسبب كان عند المشتري، صار كأنه لم يردّ، فيرجع عليه بقيمة أخرى، فإن قال المستحقّ: أنا أرجع بالقيمة الأخرى على البائع، لا على المشتري، لم يكن له ذلك، لأن اختياره تضمين المشتري كان إبراء للبائع.

ولو لم تمُت الجارية عند المشتري لكنها أبَقت من يده ثم استحقت، كان المستحق بالخيار لما قلنا، فإن ضمن البائع نفذ البيع، وبطل حقّ وليّ الجناية لما قلنا في المسألة الأولى، فإن عادت من الإباق، عادت على ملك المشتري لنفاذ البيع، ويخاطب المشتري

بالدفع أو الفداء، لأن الجناية حصلت على ملك المشتري، فيخاطب بالدفع أو الفداء، كما هو حكم جناية المملوك.

وإن اختار المستحق تضمين المشتري، دفع المستحق القيمة إلى أولياء الجناية، ثم يرجع عليه بقيمة أخرى لما مرّ.

ولا يقال: إذا ضمن المشتري، فقد ملكها منه بعد العلم بالجناية، فوجب أن يصير مختاراً للفداء؛ لأنا نقول بلى! ملكها بعد الجناية لكنه عاجز عن الدفع، فلا يصير مختارا للفداء.

فإن أخذ المستحق القيمة من المشتري، أو لم يأخذ حتى عادت الجارية من الإباق، عادت على ملك المشتري، لا سبيل لوليّ الجناية عليها؛ لأن القاضي لما قضى على المشتري بالقيمة للمستحق، فقد قضى بهلاك الجارية ببدل، وتحوّل حق وليّ الجناية إلى بدلها، فلا يتغيّر بعد ذلك.

وإن كانت الجارية قائمة في يد المشتري، ولم تمُت، ولم تأبق، حتى جاء رجل، وادّعاها، وقضى القاضي للمستحق، بطل البيع، ويرجع المشتري بالثمن على البائع، كما هو الحكم في استحقاق المبيع.

ويقال للمستحق: ادفع الجارية بالجناية، أو أفدها؛ لأنه لما ثبت الاستحقاق، ظهر أنها جنَت في ملكه(١)، وهو قادر على الدفع، فيخاطب بالدفع أو الفداء، وأيّهما فعَل يرجع بالأقل من قيمتها ومن أرش الجناية، إن شاء على البائع، أو على المشتري.

أما الرجوع بالأقل؛ لأنه كان يتخلّص بالأقل، وإنما لزمته الزيادة باختياره، فلا

---

(١) في (ج) و (د): "ملكها".

يرجع بها على غيره، وإنما يخيّر في الرجوع على البائع أو المشتري؛ لأن كلّ واحد منهما غصب منه جاريةً فارغةً، وردّها مشغولة بالجناية، فيجعل كان لم يردّ.

فإن رجع على المشتري، لا يرجع المشتري على البائع بما ضمن؛ لأنه ضمن بجناية كانت عنده، فلا يرجع على غيره، وإن رجع على البائع، يرجع هو على المشتري بما غرم؛ لأن البائع غاصب، والمشتري غاصب الغاصب؛ لأن البائع إنما رضي بقبض المشتري بجهة البيع بشرط سلامة الثمن له، فإذا انتقض البيع بينهما، ولم يسلم له الثمن، بقي القبض بغير إذنه، فيكون بمنزلة غاصب الغاصب، والغاصب إذا ضمن، يرجع على غاصب الغاصب، أما غاصب الغاصب لا يرجع على أحد.

الفصل الثاني: وهو فصل الهبة:

(رجل وهب لرجل جاريةً، وقبضها الموهوب له، فقتَلت عنده قتيلا، ثم ماتت، ثم استحقها رجل بالبينة كان المستحق بالخيار[1]، فإن شاء ضمن الواهب، وإن شاء ضمن الموهوب له)؛ لأن كل واحد منهما غاصب في حقه، وأيّهما ضمن لا يرجع على صاحبه.

أما الموهوب له؛ فلأنه ضمن بفعل باشَره لنفسه، وهو القبض على جهة التمليك، فلا يرجع على غيره، وإنما يرجع المشتري على البائع بالثمن؛ لأنه تملّكها بعوض، فإذا استحقّ المبيع من يده معنى، يرجع بالثمن، أمّا الموهوب له تملّكها بغير عوض، فلا يرجع على أحد، وإن ضمن الواهب لا يرجع الواهب على الموهوب له.

فرّق بينه وبين البيع، فإن ثمّة إذا كانت الجارية قائمة، وأخذها المستحقّ، يخاطب

(١) "كان المستحق بالخيار": ساقط من (ج) و (د).

بالدفع أو الفداء ثم يرجع بالأقل على أيهما شاء، فإن رجع على البائع[1]، رجع البائع على المشتري، والواهب لا يرجع؛ لأن قبض المشتري قبض ضمان بمنزلة الغصب.

ألا ترى أن في بيع المقايَضة إذا استحق أحد العوضين أو ردّه بالعيب[2]، وقد هلك الآخر عند صاحبه، كان للمستحقّ عليه، والرادّ بالعيب أن يرجعَ على صاحبه بقيمة الهالك، فثبَت أن قبض المشتري قبض ضمان، فكان بمنزلة الغصب.

أمّا قبض الموهوب له قبضُ أمانة بمنزلة الوديعة، ولهذا لو هلك الموهوب حتى بطل حقّ الواهب في العين، لا يرجع عليه بشيء، والغاصب إذا ضمن لا يرجع على مودعه، فكذلك هنا، وفيما سِوى ذلك الهبة بمنزلة البيع.

هذا إذا كانت الجناية بعد البيع، فإن جنَت قبل البيع، ثم باعها، وسلّمها إلى المشتري، وهو يعلم بالجناية، أو لا يعلم، ثم استحقّت بالبينة، فإن كانت قائمة أخذها المستحق، ويخاطب بالدفع أو الفداء كما هو حكم جناية المملوك[3]

وأيّما فعل لا يرجع على المشتري؛ لأنها غصبها مشغولةً بالجناية، وردّها مشغولةً، فبرئ عن الضمان، ويرجع على البائع؛ لأنه لحِقَه غرم بسببٍ كان عند البائع، فيرجع عليه بالأقل.

---

(١) سقطت العبارة: "يخاطب بالدفع أو الفداء ثم يرجع بالأقل على أيهما شاء، فإن رجع على البائع" من (ج) و (د)، فالعبارة فيهما "وأخذها المستحق ودفع أو فدى، ورجع بالأقل على البائع".

(٢) وجاء في (ج) و (د): "لو ردّ بالعيب، أو استحقّ أحدهما".

(٣) قوله: "كما هو حكم جناية المملوك" ساقط من (ج) و (د).

وإن كانت الجارية هلكت عند المشتري، ثم استحقت يرجع المستحق بقيمتها على أيّهما شاء، لأن كل واحد منهما غاصب في حقّه.

فإن ضمن البائع نفذ البيع، وسلّمت القيمة للمستحق، لا حقّ لوليّ الجناية فيها؛ لأن البائع ضمن القيمة من وقت الغصب فكانت القيمة واجبة قبل الجناية فلا يتحول إليها الجناية[1]، ثم يضمن البائع قيمة أخرى لأولياء الجناية؛ لأن البائع[2] ملكها من وقت الغصب، فظهر أن الجناية كانت في ملك البائع، وقد أخرجها عن ملكه بالبيع على وجه لا يصير مختارا للفداء.

أما إذا لم يكن عالما بالجناية فظاهر، وإن كان عالما فكذلك؛ لأنه لم يكن مالكا وقت البيع ظاهرا، واختيار الفداء لا يتحقّق إلا من المالك، فإذا أخرجها عن ملكه على وجه لا يصير مختارا، كان عليه القيمة لأولياء الجناية.

وإن ضمن المستحق المشتري، بطل البيع، ويرجع المشتري بالثمن على البائع لما مرّ، ولا تسلم القيمة للمستحق، بل يدفعها إلى وليّ الجناية؛ لأنها بدل جارية مشغولة بالجناية، فتتحوّل إليها الجناية.

ثم يرجع المستحق على البائع بقيمة أخرى، لا على المشتري؛ لأنه أخذ جارية مشغولة، وردّ قيمة مشغولة، فيخرج عن الضمان، وإنما يرجع على البائع؛ لأن القيمة استحقّت من يده بسبب كان في ضمانه، فيرجع عليه بالقيمة، والهبة في هذا بمنزلة البيع إلا أنه إذا ضمن الواهب لا يرجع على الموهوب له.

---

(١) قوله: "فكانت القيمة واجبة قبل الجناية فلا يتحول إليها الجناية" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "لأنه".

وإن ضمن الموهوب له، ودفع القيمة إلى أولياء الجناية، يرجع على الواهب بقيمة أخرى؛ لأنه قبضها فارغةً، فلا يبرئ بردّ قيمة مشغولة.

وأما فصل الغصب:

رجل غصب جاريةً، فغصبها منه آخر، فقَتلت عند الثاني قتيلا خطأً، ثم ماتت، واستحقها[1]، كان له أن يضمن قيمتها أيّهما شاء لوجود سبب الضمان من كل واحد منهما، وهو الغصب، فإن ضمن أحدهما كل القيمة، لا يبقى له ولاية تضمين الثاني؛ لما عرف.

وإن ضمن أحدَهما نصف القيمة، أو ثلثها، أو ربعها كان له أن يضمن الثاني ما بقي من القيمة؛ لأنه ملك الأولَ قدر ما ضمن، فملك تمليك الباقي من غيره.

فإن ضمن الأول كل القيمة دفعها إلى وليّ الجناية، لأن التضمين في حق وليّ الجناية تمليك مبتدأ بعد الجناية، إلا إذا اتصل بالإسناد حكم شرعيّ، ولم يتصل هنا، فكان تضمين الأول في حق وليّ الجناية كتضمين الثاني.

ولو ضمن الثاني لا تسلم له القيمة، بل يدفعها إلى وليّ الجناية؛ لأنها بدل جارية مشغولة، فكذا إذا ضمن الأول، ثم يرجع المالك[2] على الغاصب الأول بقيمة أخرى؛ لأن القيمة الأولى استحقّت من يده بسبب كان في ضمان الأول؛ لأنها لا تخرج عن ضمان الأول بغصب الثاني.

---

(١) في (ج) و (د): "ثم استحقت".

(٢) "المالك": ساقط من (ج) و (د).

وإن أراد المستحق أن يرجع بالقيمة الثانية على الغاصب الثاني، لا على الأول، لم يكن له ذلك، لأن اختياره تضمين الأول، تضمّن إبراء الثاني، فلا يرجع على الثاني، بل يرجع على الأول، ثم الأول يرجع على الغاصب[1] الثاني بالقيمتين.

أما القيمة الأولى فلأن الغاصب[2] الأول ملكها بالضمان، فكان الثاني غاصبًا مال الأول، وقد هلكت عنده، فيرجع عليه بقيمة ملكه، وأما القيمة الثانية فلأنها وجبت على الغاصب الأول بجناية كانت عند الثاني، فيرجع بها عليه.

وإن اختار المستحق تضمين الثاني أوّلاً، يدفع القيمة إلى أولياء الجناية؛ لما ذكرنا، ثم يرجع عليه بقيمة أخرى، وليس له أن يرجع بالقيمة الثانية على الأول، لأن تضمينه تضمّنَ إبراء الأول.

ولو لم تُمت الجارية عند الغاصب[3] الثاني حتى أخذها المستحق، ودفعها إلى أولياء الجناية، كان[4] له أن يرجع بقيمتها، إمّا على الأول أو على الثاني؛ لأنها استحقت عليه بجناية كانت في ضمانها فإن رجع بها على الأول بها على الثاني لأن الثاني حصتها[5] فارغة، وردّها مشغولةً فلا يبرئ بردها[6]، وإن رجع المستحقّ بقيمتها على الثاني، لا يرجع الثاني على الأول.

---

(١) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٢) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٣) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٤) "كان": ساقط من (ج) و (د).

(٥) من قوله: "كانت في ضمانها" ألى قوله: "لأن الثاني حصتها".

(٦) "بردها": ساقط من (ج) و (د).

ولو كانت الجناية عند الأول، فغصبها الثاني، وماتت عنده ضمّن المولى أيّهما شاء، فإن ضمن الثاني قيمتها، ودفع إلى أولياء الجناية، يرجع بقيمة أخرى على الغاصب الأول دون الثاني؛ لأن الثاني غصبها مشغولة، وردّ قيمة مشغولة، فيبرئ، أما الأول غصبها فارغةً، فكان للمولى أن يرجع عليه بضمان الجناية[1].

وإن اختار المستحق تضمين الغاصب الأول دفع القيمةَ إلى أولياء الجناية؛ لأن التضمين تمليك مبتدأ في حق وليّ الجناية، ثم يرجع بقيمة أخرى على الأول؛ لما عرف.

ثم الغاصب[2] الأول يرجع على الغاصب[6] الثاني بقيمة واحدة؛ لأنه ملكها بالضمان، وغصبها منه الثاني، وهلكت عنده، فيرجع عليه بقيمتها، أما القيمة الأخرى وجبت على الأول بجناية كانت عند الغاصب الأول، فلا يرجع بها على غيره.

ولو لم تمُت عند الثاني حتى أخذها المولى من الثاني واختار الدفع أو الفداء[3] يرجع بالأقل على الغاصب[4] الأول، لأن الجناية كانت في يده، ثم لا يرجع الأول على الثاني، لأن ما وجب على الأول وجب بجناية كانت عنده، فلا يرجع بذلك على غيره.

ولو كانت الجناية عند الغاصب الثاني، ثم جاء المولى[5] وأخذها، ودفع أو فدى يرجع بالأقل على أيّهما شاء لوجود الجناية في ضمانهما، لأن بغَصْب الثاني لا تَخرج الجاريةُ عن ضمان الأول، فإن رجع على الأول، يرجع هو على الثاني؛ لوجود الجناية في

---

(١) "بضمان الجناية" : ساقط من (ج) و (د).

(٢) "الغاصب" : ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): مكان "المولى من الثاني. . ." "المستحق، ودفع أو فدى".

(٤) "الغاصب" : ساقط من (ج) و (د).

(٥) "ثم جاء المولي" : ساقط من (ج) و (د).

يده، وإن رجع على الثاني، لا يرجع هو على الأول؛ لما تقدم.

وأما فصل الوديعة:

رجل غصب جارية، وأودَعها رجلاً، فقتَلت عنده قتيلا خطأ، ثم ماتت، في مستحق واستحقها بالبينة[1] فهو بالخيار، يضمّن أيهما شاء؛ لأن كل واحد منهما غاصب في حقه.

وهذا والغصب سواء، إلا في خصال ثلاثة:

أحدها: أن هناك إذا ضمن الغاصب لا يرجع على مودعه؛ لأنه ملكها بأداء الضمان، فيصير مودعًا مالَ نفسه.

والثاني: أنه إذا اختار المستحق تضمين المودَع[2]، يدفع القيمة إلى أولياء الجناية، ثم يرجع عليه بقيمة أخرى، ثم المودع يرجع بجميع ما غرم على الغاصب؛ لأنه عامل له، فيرجع عليه بجميع ما غرم، فإن قال المستحق: أنا أرجع بالقيمة الثانية على الغاصب لم يكن له ذلك، كما في الغصب.

فإن قيل: ينبغي أن يكون له ذلك؛ لأنّ الملك في المغصوب عند تضمين المودع يثبت للغاصب؛ لأن قرار الضمان عليه، فلم يكن تضمين المودع تمليكا للمغصوب من المودع، حتى يمتنع تضمين الغاصب.

قلنا: المودَع في حق المستحق بمنزلة غاصب الغاصب، وفي حق الغاصب لَمّا كان قرار الضمان عليه، كان المودع عند تضمينه بمنزلة الوكيل بالشراء، فإذا ضمن المودع،

---

(١) في (ج) و (د): "ماتت واستحقت" إلى قوله: "فهو بالخيار".

(٢) العبارة في (ج) و (د): "إذا ضمن المستحق المودع".

ويثبت الملك في المغصوب للغاصب بسبب باشره المودَع، وهو أداء الضمان، فلو رجع المستحق بالقيمة الثانية على الغاصب، يصير الغاصب مالكا بسبب باشره بنفسه، وبعد ما ملكه بسبب باشره وكيله لا يتصوّر تملّكه بفعل باشره بنفسه، كما لو وكّل إنسانا بشراء شيء، فاشتراه الوكيل، ثم اشتراه الموكل بنفسه لا يصح، كذلك هنا.

والخصلة الثالثة: أنها لو أبَقت من المودع، ثم عادت من الإباق بعد التضمين، عادت على ملك الغاصب في الأحوال كلها؛ لأن قرار الضمان على الغاصب.

وأما فصل القتل:

رجل غصب عبداً قيمته ألف درهم، فازدادت قيمته، وبلغت ألفي درهم، فقتَل عنده قتيلا خطأ، ثم جاء رجل وقتله[1] خطأ، ثم استحق، فالمستحق بالخيار، إن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب ألف درهم حالّة، وإن شاء ضمن عاقلة القاتل قيمته يوم القتل ألفي درهم لكن[2] في ثلاث سنين؛ لأن الغصب والقتل كلاهما وجدا على ملكه.

وفي التخيير فائدة لاختلاف الواجب، واختلاف من وجب عليه، فضمان الغصب قيمته يوم الغصب حالّة في مال الغاصب، وضمان القتل قيمته يوم القتل على عاقلة القاتل مؤجّلا في ثلاث سنين، فيخيّر المستحق.

فإن قال الغاصب أو القاتل: أنا لا أرضى بما اختار المستحق، لا يلتفت إليه لما تقدم، فإن اختار المستحق تضمين الغاصب، يأخذ القيمة، ويدفعها إلى وليّ الجناية؛ لما قلنا: إن التضمين في حق وليّ الجناية بمنزلة التمليك المبتدأ.

---

(١) في (ج) و (د): "ثم قتله رجل خطأ".

(٢) "لكن": ساقط من (ج) و (د).

ثم يرجع عليه بقيمة أخرى؛ لأن الأولى استحقت من يده بسبب كان في ضمانه، ثم يرجع الغاصب على عاقلة القاتل؛ لأن الغاصب ملك العبد بأداء الضمان، فيصير قاتلا ملكه، فيجب على العاقلة قيمته يوم القتل ألفي درهم، فيسلم ذلك للغاصب، ولا يتصدق بشيء، لأنه غرم ألفي درهم بدفعتين، وأخذ ألفي درهم، فلا يظهر الربح.

وإن اختار المستحق تضمين العاقلة يضمنهم قيمته يوم القتل[1] ألفي درهم في ثلاث سنين، وإنما تجب في ثلاث سنين، لأنه ضمان جناية الخطأ، فيكون مؤجّلا، فيكون على العاقلة.

أما ضمان الغصب بدل الملك، فيكون حالاً في مال الغاصب، ويأخذ من العاقلة في كل سنة ثلث القيمة، ويدفعها إلى وليّ الجناية؛ لأن المأخوذ بدل رقبة كانت مشغولة بالجناية، فلا يسلم له.

ولا يقال: بأن الواجب على العاقلة ضمان الدم، وحق وليّ الجناية يتعلق بماليته لا ببدل الدم.

لأنا نقول: الواجب بقتل العبد ضمان آدميّ هو مال، وحق أولياء الجناية، كان متعلقا برقبة هي مال، فيتحوّل إلى بدلها، كما تُقضى ديونه من قيمته، وكلما دفع ثلث القيمة إلى أولياء الجناية، يرجع على الغاصب بثلث الألف، وهو ثلث قيمته يوم الغصب.

أما الرجوع؛ لأن القيمة استحقت من يده بسبب كان في ضمانه، وهو الجناية، لكن يرجع بعد الدفع إلى أولياء الجناية لا قبله، لأن الرجوع على الغاصب حكم استحقاق ما

---

(١) "يوم القتل": ساقط من (ج) و (د).

أخذ من العاقلة، فلا يرجع ما لم يستحق.

وكلما دفع ثلث الألفين إلى وليّ الجناية يرجع على الغاصب بثلث الألف، وإنما يرجع بثلث الألف، لا بالزيادة؛ لأنه مضمون عليه بقيمته يوم الغصب، والزيادة أمانة في يده، فلا يرجع بالزيادة.

ولا يرجع على العاقلة ثانيًا؛ لأن القتل صادف محلا مشغولا، فتحصل لهم البراءة ببدل مشغول، ولا ترجع العاقلة على القاتل بشيء؛ لأنهم قاموا مقام القاتل بطريق التحمّل عنه.

فإن كانت قيمته يوم الغصب ألفا، وقيمته حين قُتل أكثر من الفين، وضمن المالك الغاصب ألف درهم، ودفعها إلى ولي[1] الجناية، ثم رجع عليه بألف أخرى، رجع الغاصب على العاقلة بقيمته يوم القتل؛ لما ذكرنا، ويتصدّق بالفضل على الألفين؛ لأنه ربح حصل بسبب خبيث.

وإن كان قاتل العبد[2] هو الغاصب، والمسألة بحالها، فالمستحق بالخيار، إن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب ألف درهم حالة، وإن شاء ضمن عاقلة الغاصب ألفي درهم في ثلاث سنين قيمته يوم القتل.

أما تخيير المستحقّ لما ذكرنا من الفائدة، فإن ضمن الغاصب ألفاً دفعها إلى وليّ الجناية؛ لما مرّ، ثم يرجع عليه بألف أخرى لما قلنا.

وتبرئ العاقلة عن ضمان القتل، ولا يرجع الغاصب على عاقلته بشيء لوجهين:

---

(١) في (ج) و (د): "أولياء".

(٢) في (ج) و (د): "القاتل".

أحدهما: أنه ملكه بأداء الضمان، فيصير قاتلا عبدَ نفسه، والثاني: أنهم يتحمّلون عنه، فلا يغرمون له.

وإن اختار المستحق تضمين العاقلة، وأخذ منهم القيمة يدفعها إلى وليّ الجناية، ثم يرجع على الغاصب بقيمته يوم الغصب ألف درهم؛ لأن القيمة الأولى استحقّت من يده بسبب كان في يد الغاصب، وهو الجناية، فيرجع عليه بقدر ما هو بدل الملك، وهو ضمان الغصب، ولا يرجع بالزيادة.

ثم كيف يرجع المستحق على الغاصب؟ كلما يأخذ ثلث القيمة من العاقلة، ويدفع إلى وليّ الجناية، يرجع على الغاصب بثلث الألف لما قلنا.

وأمّا فصل الغرور:

رجل اشترى جارية بألف درهم، وتقابضا، فوطئها المشتري، وحبلت منه، ثم ضربت الجارية بطنها، فألقت جنينا ميّتا، ثم استحقها رجل بالبينة، فإنه يأخذها وعقرها، كما هو حكم استحقاق الجارية الموطوءة، ويرجع المشتري على البائع بالثمن لانتقاض قضية[1] البيع بسبب الاستحقاق، ولا يرجع بالعقر؛ لأن الثمن بدل الملك، فإذا لم يسلم له الملك يرجع بالبدل، أما العقر بدل ما نال من لذة الوطء، وقد سلمت له اللذة، فلا يرجع بذلك على غيره.

ثم يقال للمستحق: إن أمتَك قتلت ولدها، وهو حرّ، وغرة الجنين الحر عبد أو فرس قيمته خمسمائة درهم، فادفع أمتك بالغرة، أو افدها بها، فإن دفع أو فدى، يقال للمغرور، وهو المشتري: إنك أخذتَ بدل الولد، فسلم لك الولد من حيث المعنى.

---

(١) "قضية": ساقط من (ج) و (د).

ولو قتله إنسان بعد الولادة، وأخذت الدية من القاتل، كان عليك جميع قيمته للمستحق؛ لأن ولد المغرور مضمون على المستولد بقيمته، فإذا سلم لك الغرة تغرم بحسابها من القيمة، والغرةْ خمسمائة درهم، وهو نصف عشر دية الغلام، أو عشر دية الجارية، فيضمن نصف عشر قيمة الجنين حيا لو كان غلاما، وعشر قيمتها حيّة لو كانت جارية، ثم يرجع المشتري على البائع بما غرم من قيمة الولد بحكم الغرور.

ثم يرجع المستحق إن كان دفع، أو فدى بأقلهما، إن شاء على البائع، وإن شاء على المشتري لما ذكرنا أن الجارية دخلت في ضمانهما فارغة، فإذا استحقت على المولى بسبب كان في ضمانهما كان له الرجوع، فإن رجع على المشتري لم يرجع المشتري على البائع، وإن رجع على البائع يرجع البائع على المشتري؛ لأنه لما انتقض البيع، صار المشتري بمنزلة غاصب الغاصب.

ثم شُرِط لوجوب الغرّة العمدُ في فعل الجارية، لأن معالجتها نفسها مباح مطلق، بخلاف نحن الأجنبيّ، وصار هذا كحَفر البئر في ملك نفسه مع الحفر في قارعة الطريق، فإن تعمّدت الطرحَ يصير فعلها جناية، وكذا لو شربت دواء لطرح الولد، لأن من الأدوية ما يعمل في الطرح، إلا أنه يشترط قصد الطرح؛ لأن شرب الدواء لإصلاح البدن مباح مطلق، فلا تغرم شيئا ما لم تتعمّد طرح الولد.

وكذا لو وضعت شيئا في قبلها مما يطرح به الولد، وأدخلتْه في الرحم، وسقط الجنين، وهذا أحرى أن يكون قتلا، ولا توجد هذه المسألة إلا في هذا الكتاب.

والهبة في هذا بمنزلة البيع إلا في خصلتين:

إحداهما: أن ما غرم الموهوب له للمستحق من أرش الجنين، لا يرجع به على الواهب، والمشتري يرجع؛ لأن الغرور إنما يوجب حق الرجوع على الغارّ إذا كان في عقد

المعاوضة؛ لأنه ملتزم للسلامة، أما إذا لم يكن في عقد المعاوضة لا يكون ملتزما للسّلامة، فلا يوجب حق الرجوع.

ألا ترى أن من أخبر إنسانا بأمن الطريق، فسلك، وأخذ اللصوص ماله، لايرجع عليه، كذلك هنا.

والخصلة الثانية: أن المستحق إذا رجع على الواهب بأقل مما دفع، أو فدى لا يرجع الواهب بذلك على الموهوب له، وفي البيع يرجع البائع بذلك على المشتري، لأن البائع إنما رضي بقبض المشتري بشرط أن يسلم له الثمن، فإذا لم يسلم له الثمن[1] كان المشتري في حقه بمنزلة غاصب الغاصب.

أما الواهب تبرّع بالتسليم، وقبضُ الموهوب له قبض أمانة في حقه، لا قبض ضمان، وفيما سوى ذلك الهبة بمنزلة البيع.

وأما فصل الوكالة:

رجل غصب جارية، فأودعها رجلا، فأبَقت منه، ثم استحقت، كان له الخيار يضمن أيّهما شاء، فإن ضمن الغاصب برئ المودَع، وكانت الجارية ملكا للغاصب، وإن ضمن المودع كان للمودع أن يرجع على الغاصب بما ضمن؛ لأنه عامل له، وتصير الجارية بنفس تضمينه ملكا للغاصب، حتى لو أعتقها الغاصب جاز، ولو أعتقها المودع لا يجوز.

ولو كانت ذا رحم محرم منه، عتقت على الغاصب دون المودع؛ لأن قرار الضمان على الغاصب، والمودع في حقه عند تضمين المستحق بمنزلة الوكيل بالشراء.

فإن أخذ المستحق القيمة من المودع، ثم عادت من الإباق قبل رجوع المودع على

---

(١) "له الثمن": ساقط من (ج) و (د).

الغاصب بما ضمن، كانت ملكا للغاصب، وللمودع أن يرجع على الغاصب بما ضمن قبل الأداء بنفسه، كالوكيل بالشراء.

فإن قال المودع بعد ما عادت من الإباق: أنا آخذ الجارية بالقيمة التي ضمنت، ولا أرجع على الغاصب بالقيمة، لم يكن له ذلك لما قلنا إنه بمنزلة الوكيل بالشراء، والوكيل بالشراء لا يملك تحويل العين إلى نفسه، فكذا المودع.

وإن هلكت في يده بعد العود من الإباق، تهلك أمانةً، وكان حقه في الرجوع على الغاصب كما كان، وكذا إذا ذهبت عينها عنده هلك أمانَة، كما لو وجد ذلك في يد الوكيل بالشراء قبل الحبس.

فإن طلبها الغاصب من المودع من غير أن يؤدي القيمة إلى المودع، كان للمودع حق الحبس، كما يكون للوكيل بالشراء، فإن هلكت بعد الحبس، هلكت بالقيمة بالإجماع.

وفي الوكيل بالشراء إذا حبس المبيع لاستيفاء الثمن، فهلك العين في يده، يهلك بالثمن عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يهلك هلاك الرهن، فيهلك بالأقل من قيمته ومن الثمن، وهنا الثمن والقيمة واحد، فلا يظهر الخلاف.

وإن ذهبت عينها عنده بعد الحبس، لم يكن مضمونا، كما لو ذهبت عين المبيع في يد الوكيل بالشراء بعد الحبس؛ لأن الفائت وصفٌ، والأوصاف لا يقابلها الثمن إذا فاتت بآفة سماوية، ولكن يتخير الغاصب، إن شاء أخذها، وأدّى جميع القيمة، وإن شاء ترك كما في الوكيل بالشراء.

ولو كان الغاصب آجرها، أو رهنها، فهو والوديعة سواء؛ لأنها أمانة في يدهما، ومنفعة العقد تعود إلى الآجر والراهن.

وإن أعارها من إنسان أو وهبها، فإن ضمن الغاصب كان الملك له، وإن ضمن

المستعير، أو الموهوب له، كان الملك لهما؛ لأنهما لا يستوجبان الرجوع على الغاصب، ومنفعة قبضهما تتمحّض لهما، فكانا عاملين لأنفسهما، فكان قرار الضمان عليهما، فيكون الملك لهما.

ولو كان مكانهما مشترٍ فضمن، سلمت الجارية له، وكذا لو كان مكان المشتري غاصب الغاصب، فإن ضمِن الثاني ملك الجارية؛ لأنه لا يرجع على الأول، حتى لو كانت ذات رحم محرم من الأول لا تعتق.

وإن ضمن الأول، ملكها الأول حتى لو كانت ذات رحم محرم من الأول[1]، عتقت عليه، وإن كانت أجنبية، كان للأول إذا ضمنه المستحق أن يرجع على الثاني؛ لأن الأول[2] ملكها، فيصير الثاني غاصبًا ملك الأول، وللأول أن يرجع على الثاني بما ضمن قبل أن يودي ما عليه من الضمان[3].

وكذا لو أبرأه المستحق من القيمة بعد التضمين، أو وهبها له، كان للأول أن يرجع على الثاني، وهو بمنزلة من اشترى شيئا، وقبضه، ثم باعه [من غيره][4]، كان له أن يرجع على الثاني قبل أن يؤدي الثمن، فإن ضمن المستحق الغاصب الأول، ولم يرجع الأول على الثاني، حتى ظهرت الجارية، كانت ملكا للأول.

فإن قال الغاصب[5] الأول: أنا أرجع بالقيمة على الغاصب الثاني، وأسلم له

(١) وفي (ج) و (د) "منه".

(٢) وفي (ج) و (د): "لأنه" بسقوط "الأول".

(٣) كذا في الأصل، وجاء في (ج) و (د) "يرجع على الثاني إذا ضمن قبل أداء الضمان".

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٥) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

الجارية ،لم يكن له ذلك ؛ لأن الثاني قدَر على ردّ العين، فلا يجوز تضمينه، وإن كان الغاصب الأول رجع على الغاصب الثاني[١] ثم ظهرت الجارية[٢]، فهي للغاصب[٣] الثاني؛ لأن الأول لما ضمن الثاني، فقد ملك الجارية[٤] منه بقضاء القاضي، وتحوّل حقه من ألفين إلى القيمة، فلا يتحوّل بعد ذلك إلى الجارية.

وأما فصل الكفالة :

رجل ادّعى جارية في يد رجل، وجحَد المدعى عليه[٥]، فكفل بها رجل للمدّعي بأمر المدّعى عليه، أو بغير أمره، جازت الكفالة؛ لأنها إن كانت غصبا، فهي كفالة بالمضمون، وإن كانت وديعةً [تصير][٦] مضمونة بالجحود، فتجوز الكفالة على كل حال.

فإن أحضرها الكفيل، وسلمها إلى المدّعي برئ عن الكفالة، وإن أخذها المدّعى عليه بعد ذلك واستردّها من المدعي[٧]؛ لأنه التزم التسليم بالكفالة، وقد سلم، وإن لم يحضرها الكفيل حتى أبقت، وأقام المدّعي بينة أنها له قبلت بينته[٨]، وإن كانت الجارية[٩]

---

(١) وفي جاء في (ج) و (د): "وإن رجع الأول على الثاني".

(٢) "الجارية" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "للغاصب" ساقط من (ج) و (د).

(٤) وفي (ج) و (د): "ملكها".

(٥) جاء في الأصل: "وجحد المدعى" والصحيح: "المدعي عليه". ولا تستقيم العبارة إلا بما أثبتناه.

(٦) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل، وثبوته أصح.

(٧) قوله: "واستردّها من المدعي" ساقط من (ج) و (د).

(٨) "بينته": ساقط من (ج) و (د).

(٩) "الجارية" ساقط من (ج) و (د).

غائبة؛ لأنها التحقت بالهالكة لتعذر إحضارها، وللمقضيّ له أن يأخذ بالقيمة أيّهما شاء المدّعى عليه، أو الكفيل؛ لأن الكفيل قام مقام المطلوب[1]، وله أن يطالبهما، وإن طالب أحدَهما، كان له أن يطالب الآخر.

فرّق بين هذا، وبين الغاصب مع غاصب الغاصب، إذا ضمن أحدهما برئ الآخر؛ لأن ضمان الغصب ضمان إتلاف المال حكما بإزالة اليد، وحكمه ثبوت الملك في المضمون، وبعد ما زالت يد المالك بالأول، لا يتصور إزالتها من الثاني.

وإنما يثبت له ولاية تضمين الثاني بطريق إقامة يد الأول مقامَ يد نفسه، وإذا قامت يد الأول مقام يد المالك، برئ الأول عن الضمان ضرورة.

أما الكفالة شُرعت للتوثّق بضمّ ذمّة الكفيل إلى ذمّة الأصيل تحقيقا لمعنى الكفالة، وهو الضمّ، وإذا صارت الذمتان في حق المطالبة كذمة واحدة، كان له أن يطالبهما، ولأن تضمين الكفيل لو أوجب براءة الأصيل يوجب براءة الكفيل، لأن براءة الأصيل يوجب براءة الكفيل، فإن أخذ القيمة من المدعى عليه[2] براءة الكفيل الأصيل، وكانت الجارية للمدّعى عليه بالقيمة، وإن أخذ القيمة من الكفيل برئ الأصيل.

ثم ينظر: فإن كانت الكفالة بأمر الأصيل، كانت ملكا للأصيل، لأن الكفيل يرجع على الأصيل بالقيمة التي ضمن، فكان قرار الضمان على الأصيل، وكان أداء الكفيل كأداء الأصيل، وإن كانت الكفالة بغير أمر الأصيل، كانت الجارية ملكا للكفيل؛ لأنه أدّى القيمة جبرا، ولا رجوع له على الأصيل، فكان قراراً للضمان عليه.

---

(١) في (ج) و (د): "لأنه قائم مقام المطلوب".

(٢) قوله: "يوجب براءة الكفيل. . . . إلى قوله: من المدعى عليه". ساقط من (ج) و (د).

بخلاف ما إذا قضى القاضي بالقيمة على المدّعى عليه، فتبرّع رجل بأداء القيمة، فإنها تكون للمدّعى عليه، ولا تكون للمتبرّع؛ لأن القاضي لما قضى عليه بالقيمة، وليس هناك أحدٌ سواه يطالب بالقيمة، فقد ملك الجارية منه من غير تردّد، فإذا تبرّع إنسان بأداء القيمة، لا يتحوّل الملك عنه إلى غيره، وصار أداء المتبرّع كأداء المقضيّ عليه.

أما قضى عليه بالقيمة على وجه يطالب به الأصيل وغيره، فكان قضاء بثبوت الملك في الجارية لمن يستقرّ عليه الضمان، فإن كانت الكفالة بأمر الأصيل لم يكن للكفيل أن يرجع بالقيمة على الأصيل ما لم يؤدّ القيمة بنفسه، ثم إذا طولب الكفيل، كان له أن يطالب الأصيل، وإذا لوزم يلازم، وإذا أدّى يرجع على الأصيل.

فرّق بين هذا وبين الوكيل بالشراء، ومودع الغاصب وغاصب الغاصب، فإنهم يرجعون قبل الأداء.

والفرق: أن في فصل الكفيل[1] للطالب أن يطالب الأصيل مع مطالبة الكفيل، فلو طالَبه الكفيل لاجتمعت المطالبتان من شخصين على واحد بالدين الواحد، وذلك ممتنع، أما في[2] مودَع الغاصب إذا اختار المستحق تضمين المودع، لا يبقى له ولاية مطالبة الغاصب.

وكذا إذا اختار تضمين الغاصب[3] الأول لا يبقى له ولاية تضمين الثاني، فلا يجتمع المطالبتان من شخصين على واحد بالدين الواحد.

---

(١) وفي (ج) و (د): "أن في الكفالة للطالب".

(٢) "في": ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "وكذا إذا ضمن الغاصب".

وكذلك في[1] الوكيل بالشراء، لا يملك البائع مطالبة الموكّل؛ لأن حقوق العقد[2] ترجع إلى العاقد، لا إلى الموكل، فلو رجع الوكيل على الموكل قبل الأداء، لا يؤدي إلى ما قلنا.

فإن قضى القاضي بالقيمة على المدّعى عليه، ثم ظهرت الجارية، لم يكن للمدّعي أن يأخذ الجارية[3]؛ لأنها زالت عن ملكه بقضاء القاضي بالقيمة.

فإن وهب الطالب القيمة للكفيل، رجع الكفيل على الأصيل إن كانت الكفالة بأمر الأصيل، وكانت الجارية للأصيل، وإن كانت الكفاية[4] بغير أمره، كانت الجارية للكفيل، وبرئ الأصيل، وإن أبرأ الكفيل، لا يرجع الكفيل على الأصيل، وكان[5] للمدّعي أن يطالب الأصيل بدَينه، لأن الهبة تمليك، ومجردّ المطالبة لا يقبل التمليك، إنما يقبله الدين.

فإذا وهب من الكفيل، ولا دين عليه، انتقل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمته، وانقلبت الكفالة حَوالةً مقتضى صحة الهبة.

ولو احتال بأمره، ولا دين عليه، فوهب المحتال[6] المال من المحتال عليه، رجع المحتال عليه على المحيل، فكذا إذا انقلبت الكفالة حوالةً، وصار هذا[7] كما لو أدى

---

(١) في (ج) و (د): "وكذا في".

(٢) في (ج) و (د): "لأن الحقوق ترجع".

(٣) في (ج) و (د): "يأخذها".

(٤) "الكفاية" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "كان" ساقط من (ج) و (د).

(٦) في (ج) و (د): "المحيل" مكان "المحتال".

(٧) "هذا" ساقط من (ج) و (د).

الكفيل، وملك ما في ذمته، يرجع على الأصيل، ويبرأ الأصيل عن دين الطالب، كذا هاهنا[1].

أما إبراء الكفيل إسقاط محض، ليس فيه معنى التمليك، ولهذا قلنا: إن الهبة من الكفيل ترتدّ بالردّ، وإبراء الكفيل لا يرتدّ بالردّ، وإذا كان إبراء الكفيل إسقاطا للمطالبة، وإخراجا للكفيل من الكفالة[2]، بقي الدين في ذمة الأصيل على حاله، ولا يكون للكفيل أن يرجع على الأصيل بشيء[3].

فرق بين إبراء الكفيل، وبين إبراء الوكيل بالشراء إذا أبرأ الوكيل، كان للوكيل أن يرجع[4] على الموكّل؛ لأن إبراءه الوكيل تمليك بمنزلة الهبة، ولهذا يرتدّ بالردّ، وإبراء الكفيل لا يرتدّ بالردّ.

ولو أبرأ الطالب الأصيلَ عن القيمة بعد ما قضى القاضي عليه بالقيمة، برئ الكفيل لأن براءة الأصيل وجب براءة الكفيل[5]، وتكون الجارية للأصيل؛ لأن القاضي قضى عليه بالقيمة، وتقرّر بالإبراء.

ولو أبرأهما جميعا[6] كانت الجارية للأصيل، سواء كانت الكفالة بأمر أو بغير أمر، لأنها تملك بالضمان، وملك الضمان ثبت للأصيل، لما قلنا: إن إبراء الأصيل تمليك،

---

(١) وفي (ج) و (د): "كذا هنا".

(٢) وجاءت العبارة في (ج) و (د): "وإذا كان الإبراء إسقاطا، وإخراجا له من الكفالة".

(٣) وجاءت العبارة في (ج) و (د): "ولا يرجع الكفيل على الأصيل بشيء".

(٤) وفي (ج) و (د): "له أن يرجع".

(٥) في (ج) و (د): "برئ الكفيل لبراءة الأصيل".

(٦) "جميعاً": ساقط من (ج) و (د).

وإبراء الكفيل ليس بتمليك.

ولو لم يبرئ واحدا منهما حتى أدّى الكفيل القيمة، وثبت له حق الرجوع على الأصيل، فأراد الكفيل أن يحبس الجارية[1] عن الأصيل لاستيفاء القيمة، لم يكن له ذلك.

فرّق بين هذا وبين ما مرّ من فصل الوديعة وغيرها[2]، والفرق أن هاهنا[3] القيمة في ذمة الأصل بقضاء القاضي، وإنما ملكها الأصيل بسبب باشَره بنفسه، فلم يصر الكفيل بمنزلة الوكيل بالشراء.

أمّا في فصل[4] الوديعة عند اختيار المستحق تضمين المودع، لا تجب القيمة في ذمة الغاصب بقضاء القاضي، وإنما ثبت الملك للغاصب في الجارية بسبب باشره المودع، فكان المودع بمنزلة الوكيل بالشراء، فيملك حبس الجارية بالثمن.

فإن كانت الجارية ذات رحم محرم من الأصيل، فإن كانت الكفالة بأمر الأصيل، عتقت على كل حال؛ لأن[5] قرار الضمان على الأصيل، وإن كانت الكفالة[6] بغير أمره، فإن ضمن الأصيل عتقت، وإن ضمن الكفيل لا تعتق، لأنها مملوكة للكفيل[7] لقرار

---

(١) في (ج) و (د): "أن يحبسها".

(٢) في الأصل: "وغيره"، وهو خطأ.

(٣) في (ج) و (د): "هناك".

(٤) "فصل" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "أن" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "الكفالة": ساقط من (ج) و (د).

(٧) في (ج) و (د): "مملوكة الكفيل".

الضمان عليه.

وإن كانت ذات رحم محرم من الكفيل، فإن كانت الكفالة بأمره لا تعتق بحال ما؛ لأن قرار الضمان على الأصيل، وإن كانت بغير أمر، فإن ضمن الكفيل عتقت لقرار الضمان عليه، وإن ضمن الأصيل لا تعتق.

وإن كانت ذات رحم محرم منهما عتقت؛ لأنها مملوكة للقريب قطعا، فإن كانت الكفالة بأمر، كان الولاء للأصيل؛ لأنها عتقت عليه، وإن كانت الكفالة[1] بغير أمر، فأيّهما ضمن كان الولاء له.

وهذا بخلاف ما إذا أوصى بأمة لإنسان[2]، هي ذات رحم محرم من الموصى له، ومن وارث الميت أيضًا بأن ملك أمة، لها ابن حر من أبيه، ولها ابن حر[3] آخر من رجل آخر، فأوصى لها لابنها[4] الذي هو من الأخير، فمات الموصي عن ابن الأمة الذي هو أخوه لأمه، فإنها لا تعتق في الحال، حتى يردّ الوصيّة، أو [يقبلها][5]، وإن كانت هي[6] تخرج من الثلث؛ لأن الموصى له لا يملك الموصى به إلا بالقبول حقيقةً أو حكما، بأن مات قبل القبول، والوارث لا يملك أيضًا لمكان الوصية، فتبقى على ملك الميت إلى أن يردّ أو يقبل.

---

(١) "الكفالة" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "إذا أوصى لإنسان بأمة".

(٣) "حر": ساقط من (ج) و (د).

(٤) وفي (ج) و (د): "بابنها".

(٥) ما بين المعكوفتين أثبتناه من (ج) و (د) وفي الأصل "قبولها".

(٦) "هي" ساقط من (ج) و (د).

أما هنا القاضي لما قضى بالقيمة للمستحق، فقد أزال ملكه إلى أحدهما، فيعتق، ويتوقّف الولاء، إن استقرّ الملك للكفيل كان الولاء له، وإن استقرّ للأصيل كان الولاء له.

ثم فرّع على ما إذا كانت أجنبية، وكانت الكفالة بغير أمر، فقال:

إن أعتقها أحدهما لا تعتق ما لم يوجد الأداء، فإن أدّى الذي أعتقها عتقت لاستقرار الملك له بسبب سابق على الإعتاق، وهو قضاء القاضي[1] بالقيمة، كالتركة المستغرقة بالدين إذا أعتق الوارث منها عبدا، ثم سقط [الدين][2] بالإبراء أو نحو ذلك[3] ينفذ إعتاق الوارث[4]، فكذا هنا.

وإن أدّى غير المعتق لا تعتق؛ لأنها لم تصر ملكا للمعتق، وإن أعتقاها جميعاً[5] عتقت لوجود الإعتاق من المالك؛ لأن أحدهما مالك قطعا، وولاءها[6] موقوف، فأيّهما أدّى القيمة كان الولاء له، وإن أدّيا معًا كان الولاء بينهما، وإن أعتقاها، ثم أدى أحدهما نصف القيمة قبل الآخر، عتق عليه النصف، فإن أدّى الآخر النصفَ الآخر، عتق النصف الباقي عليه، ولا ضمان عليه، ولا سعاية في قول[7] أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن عنده

(١) في (ج) و (د) "وهو القضاء بالقيمة".

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٣) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "الوارث": ساقط من (ج) و (د).

(٥) "جميعاً": ساقط من (ج) و (د).

(٦) في (ج) و (د): "الولاء".

(٧) في (ج) و (د): "عند أبي حنيفة".

العتق يتجزأ، فكان حكمه حكم[1] عبدين اثنين أعتق أحدهما نصفه، ثم أعتق الآخر النصف الباقي.

وعند أبي يوسف ومحمد[2] رحمهما الله: إذا أدّى أحدهما النصف عتق كله من جهته، فيضمن للآخر نصف قيمته إن كان موسرا، ويسعى العبد إن كان معسرا؛ لأن عندهما العتق لا يتجزأ، فإذا أعتق النصف، على الأول عتق الكل.

وإن أعتقها المستحق بعد ما قضى القاضي له بالقيمة لم يجز؛ لأنها زالت عن ملكه، وإنما الجهالة في المتملّك، فلا يصح إعتاقه، كما لو[3] باع عبدا على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام، ثم أعتقه البائع كان باطلا.

ولو لم يعتقها أحد[4] حتى باعها الأصيل أو الكفيل بعد ما قضى القاضي[5] بالقيمة للمستحق، ثم أدّى البائع قيمتها نفذ بيعه؛ لأنه باع بعد تمام سبب الملك، وهو قضاء القاضي بالقيمة[6] فإذا ثبت الملك عند الأداء استند إلى وقت سببه وهو قضاء القاضي بالقيمة[7]، فيصير بائعًا ملك نفسه من وجه وذلك يكفي لنفاذ البيع[8]، [فينفذ][9]،

---

(١) في (ج) و (د): "فكان كعبدين".

(٢) في (ج) و (د): "عندهما".

(٣) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "كمن باع".

(٤) في (ج) و (د): "أحدهما".

(٥) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

(٦) العبارة في (ج) و (د): "وهو القضاء".

(٧) سقطت العبارة من قوله: "فإذا ثبت الملك". في (ج) و (د).

(٨) قوله: "وذلك يكفي لنفاذ البيع" ساقط من (ج) و (د).

كالتركة المستغرقة بالدين إذا باع الوارث منها شيئًا، ثم سقط دين الميت[1] بالإبراء ونحوه، ينفذ بيع الوارث[2].

وإن أدّى قيمتها[3] عن البائع بطل بيع [الوارث][4]؛ لأنها صارت ملكا لمن أدّى القيمة، وطَريان الملك الباتّ على الملك الموقوف، يبطل الموقوف.

ولو أعتقها أحدهما، ثم قتلها رجل خطأ، فإن أدّى المعتق القيمة كان على عاقلة القاتل قيمتها لورثة الجارية؛ لأنها قتلت خطأ، وهي متردّدة الحال بين أن تعتق إن أدّى المعتق القيمة، وبين أن لا تعتق إن أدّى غيره، فكانت كالمكاتبة.

والمكاتب إذا قتل خطأ كان على عاقلة القاتل قيمته، وإن قتل عن وفاء، ويظهر استناد العتق في حق المقتول، حتى يكون الواجب لورثة المقتول[5]، ولا يظهر في حق القاتل[6] حتى تجب القيمة دون الدية، كذلك هنا.

وإن قتلها عمدا لا يجب القصاص لاشتباه الوليّ عند الجناية؛ لأنه إن أدى المعتق القيمة[7] فوليّها المعتق، وإن أدّى الآخر فوليها الآخر، واشتباه الوليّ وقت القتل يمنع

---

(٩) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(١) في (ج) و (د): "ثم سقط الدين".

(٢) "الوارث" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "وإن أدّى القيمة".

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٥) في (ج) و (د) "لورثته".

(٦) في (ج) و (د): "لا في حق القاتل". وما ثبت أولى.

(٧) في (ج) و (د) "لقيمة".

القصاص كالمكاتب إذا قتل عبدا عن وفاء، وله ورثة سوى المولى لا يجب القصاص، وتجب القيمة في مال القاتل في [ثلاث][1] سنين؛ لأن العاقلة لا تعقل عمدا كذلك[2].

ولو قتلها المعتق عمدا، أو خطأ، ثم أدى القيمة، كان عليه قيمتها لورثتها، ولا قصاص عليه؛ لأنه لما أدّى القيمة، ظهر أنه قتل ملك نفسه، وهو بمنزلة المكاتب، ومن قتل مكاتب نفسه عمداً أو خطأ، لا يجب القصاص، وتجب القيمة في ماله في ثلاث سنين، كذلك هنا.

فإن كان وارثها المولى لا غير، لا يرثها المولى؛ لأنه قاتل، ويرثها أقرب العصبات إليه؛ لأنه لما لم يرِث يلتحق بالميت، فيكون ميراث المعتق[3] لأقرب عصَبة المعتق.

وإن لم يكن شيء مما قلنا، حتى وهب المستحق القيمة منهما جميعاً[4] بعد ما قضى القاضي[5] له بالقيمة، كانت الجارية لهما، لأن هبة القيمة توجب الملك لكل واحد منهما في الجارية على الانفراد، فعند الاجتماع تكون الاجارية[6] بينهما، كما لو أدّيا القيمة.

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "العاقلة لا تعقل العبد"، وهو خطأ.

(٣) "المعتق" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "جميعاً" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "الجارية" ساقط من (ج) و (د).

ثم عاد [محمد رحمه الله][1]: إلى فصل الغاصب: وغاصب الغاصب إذا أبقت الجارية[2] من يد الثاني، فأراد المالك أن يضمن كل واحد منهما نصف القيمة، أو يضمن أحدهما الثلثين، والآخر الثلث، أو يضمنهما أرباعا، كان له ذلك اعتبارا للبعض بالكل، وإن كان فيه تفريق الملك عليهما؛ لأن الملك في المغصوب شرط وتَبع، والخيار في التضمين إلى المالك، فتَبِعه الملك، ولا يخيّر الغاصب. ـ والله أعلم ـ

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) "الجارية" ساقط من (ج) و (د).

باب من غصب المدبّر المعروف والعبد الذي يغرم قيمته بقول الغاصب

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن المدبّر يضمن بالغصب؛ لأنه مال متقوّم كالقنّ، ولا يملك بالضمان؛ لأنه لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك، بخلاف القنّ.

والثاني: أن المال الخبيث إذا استقرّ على ملكه يُتصدّق به، لما عرف.

وفي الباب فصلان: فصل في المدبر، وفصل في القن.

أما الأول: [قال محمد رحمه الله][1]:

رجل غصب مدبرا قيمته ألف درهم، فازدادت قيمته، فبلغت ألفي درهم، ثم غصبه آخر، فأبَق منه، فحضر المولى والغاصبان، كان له أن يضمن أيهما شاء.

أما الأول: فلأنه أزال يده من ماله، وأما الثاني: فلأنه فوّت عليه إمكان الأخذ من الأول، فكان له للمالك[2] أن يضمن بإقامة يد الأول مقام يد نفسه، فإن ضمن أحدهما برئ الآخر؛ لأن الواجب ضمان واحد، ولأنه لما اختار تضمين الثاني، فقد أقام يدَ الأول مقام يد نفسه، فبرئ الأول ضرورة.

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) في (ج) (د): "فكان له" بسقوط "للمالك".

وإن اختار تضمين الأول لم يجعل يد الأول يد نفسه، فلم يكن فعل الثاني إزالة ليده، فبرئ عن ضمانه، فإن اختار تضمين الأول ضمنه ألف درهم[1] قيمته يوم غصب الأول[2]؛ لأنه لم يغصب إلا ألفا.

وإن اختار تضمين الثاني ضمنه ألفي درهم قيمته يوم غصب الثاني[3]؛ لأنه اغتصب ألفي درهم[4]، فإن ضمن الأول ألف درهم، رجع الأول على الثاني بألفي درهم؛ لأنه لما ضمن الأول، فقد أقام الأول مقام نفسه في تضمين الثاني، وقد كان للمالك أن يضمن الثاني ألفي درهم، فيثبت ذلك للغاصب[5] الأول، ولأن الغصب إذا اتصل به التضمين يصير سببامن أسباب الملك[6]، والمدبر مال محلّ للملك، ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ قضاؤه[7].

ولو جمع بين مدبّر وقنّ، وباعهما صفقةً واحدة، جاز في القنّ، ولولم يكن المدبر محلا للملك[8] والبيع أصلا، كان هذا ابتداء البيع في القن بحصته من الثمن، فوجب أن لا يجوز، كما لو جمع بين حر وعبد، وباعهما صفقة واحدة، لا يجوز البيع في القن،

(١) كذا في الأصل. وفي (ج) و (د): "ألفي درهم" والصواب ما ثبت في الأصل.

(٢) في (ج) و (د): "يوم غصبه".

(٣) في (ج) و (د): "يوم غصبه".

(٤) في (ج) و (د): "اغتصب ألفين".

(٥) في (ج) و (د): "للأول".

(٦) العبارة في (ج) و (د): "يصير سببا للملك".

(٧) في (ج) و (د) "ينفذ" بسقوط "قضاؤه".

(٨) جاءت العبارة في (ج) و (د): "فلولا أنه محل للملك". وما ثبت أولى.

وإذا كان المدبر[1] محلا للملك ينعقد غصبه عند التضمين[2] سببا للملك، فإذا لم يُفد الملك لمانع، وهو التدبير، يفيد في خلفه، وهو الضمان كشاهدي الكتابة إذا رجعا عن الشهادة بعد القضاء، وضمنهما المولى، كان لهما أن يرجعا على المكاتب ببدل الكتابة، ويقومان مقام المولى في ذلك[3]، وإن لم يملكا عين المكاتب.

فإذا أخذ الأول من الثاني ألفي درهم يصنع بألف من ذلك ما شاء؛ لأنه أدّى مثلها، كأنه اشترى بالضمان فتسلم له، والألف الثانية موقوفة، لا يلزمه التصدّق بها.

فرّق بين هذا وبين ما لو كان المغصوب قنا، فضمن الأول ألفا واحدا من الثاني ألفي درهم[4]، فإنه يسلم له أحد الألفين، يتصدق بالثانية.

ووجه الفرق[5]: أن في المدبر حق الغاصب الثاني عن القيمة التي دفعها إلى الأول[6] لم ينقطع، فإن المدبّر لو عاد من الإباق يعود على ملك المولى، ويدفع القيمة التي أخذها من الغاصب الأول إليه، ويردّ الأول على الثاني ما أخذ منه، فلبقاء حق الغاصب في القيمة، قلنا بأنه لا يتصدق؛ لأنه لو تصدق يغرم مثلها للثاني، فيلزمه ضمان لم يلتزم[7]، أمّا في القنّ لو عاد من الإباق[8] يعود على ملك الغاصب الثاني، لا على ملك

---

(١) "المدبر": ساقط من (ج) و (د).

(٢) "عند التضمين" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "فيه".

(٤) في (ج) و (د): "ألفين".

(٥) في (ج) و (د): "والفرق".

(٦) "إلى الأول": ساقط من (ج) و (د).

(٧) في (ج) و (د): "لم يلتزمه".

المولى.

فإذا انقطع حقّ الغاصب الثاني عن القيمة، استقرّ ملك الأول، وأحد الألفين ربح حصل بسبب خبيث، فيلزمه التصدّق، كمن اشترى عبدا بألف يساوي ألفين، فقتل العبد[1]، واختار المشتري اتباع القاتل، وأخذ منه ألفي درهم، يتصدق بألف، لأنه ملك القيمة ملكا تامًا، وأحد الألفين ربح حصل في ضمان غيره، وهو البائع، فيلزمه التصدق، ويسلم له أحد الألفين؛ لأنه أدّى عوضها، كذلك هنا.

فإن عاد المدبر من الإباق، أخذه مولاه لأنه[2] لا يملك بسبب ما، فلا يملك بالغصب، ويردّ على الغاصب ما أخذ منه؛ لأنه أخذ الضمان بسبب إزالة اليد، فإذا عاد إلى يده، بطل الضمان لبطلان سببه، ويرجع الغاصب الثاني على الغاصب[3] الأول بألفي درهم، إن كان أدّى إليه ذلك لانتقاض سبب الضمان أيضًا، وليس لواحد من الغاصبين أن يحبس المدبّر عن المولى لأسترداد الضمان.

فرّق بينه وبين ما لو كان المغصوب قنا، وأخذ المولى القيمة بقول الغاصب، وعاد العبد من الإباق، كان للمولاه[4] أن يأخذ العبد، وللغاصب أن يحبسه لاسترداد الضمان.

ووجه الفرق[5] أن حقّ الحبس لا يثبت إلا في محله، ومحله ما هو محلٌ لثبوت

---

(٨) "من الإباق" ساقط من (ج) و (د).

(١) "العبد": ساقط من (ج) و (د).

(٢) "لأنه" ساقط من (ج) و (د)، وثبوته أصح.

(٣) "الغاصب" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د): "للمولى".

(٥) في (ج) و (د): "والفرق".

ملك اليد ابتداء، والمدبر لا يحتمل ذلك، ولهذا لا يجوز رهنه، أما القنّ محل لثبوت ملك اليد، ولهذا يصحّ رهنه.

فإن كان المولى اختار[1] تضمين الأول، وقضى القاضي له بالقيمة، فقبضها أو لم يقبض حتى عاد المدبر من الإباق إلى (يد)[2] الثاني، كان للمولى أن يأخذه لما قلنا[3]، فإن مات في يد الثاني قبل أن يطالبه المولى بالردّ، لم يكن للمولى أن يضمن الثاني، لأن الغاصب ما أحدث فيه سبب الضمان بعد ما عاد من الإباق، فلو ضمنه لَضمنه بالغصب الأول، وقد برئ الثاني عن المولى[4] حين اختار المولى تضمين الأول.

وكذا لو كان المولى[5] اختار تضمين الثاني أوّلا، ثم عاد من الإباق إلى يد الأول، ومات عنده، لم يكن للمولى[6] أن يضمّن الغاصب[7] الأول؛ لأنه برئ عن ضمان الغصب الأول، وبعد ما عاد من الإباق لم يحدث فيه سبب الضمان.

ولو كان المولى[8] اختار تضمين الأول، ثم ظهر المدبر في يد الثاني، فطالبه المولى

---

(١) في (ج) و (د): "فإن اختار المولى".

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٣) "لما قلنا" ساقط من (ج) و (د).

(٤) قوله: "الثاني عن المولى" ساقط من (ج) و (د).

(٥) قوله: "كان المولى": ساقط من (ج) و (د).

(٦) في (ج) و (د): "له".

(٧) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٨) قوله: "كان المولى": ساقط من (ج) و (د).

بالردّ، فمنعه حتى مات، أو أبق ثانيا، فللمولى أن يردّ القيمة على الغاصب[1] الأول، ويضمن الثاني قيمته يوم المنع ألفي درهم؛ لأنه لما منعه من المولى بعد الطلب صار غاصبا غصبًا مبتدأ، فيضمن قيمته يوم المنع، لكن يردّ المولى القيمة على الغاصب الأول أولا، ثم يضمن الثاني، كيلا يجتمع البدلان عنده عن مبدل واحد.

وكذا لو لم يطالبه المولى بالردّ، ولم يمنعه حتى قتله الثاني خطأ، كان للمولى[2] أن يردّ القيمة على الغاصب[3] الأول، ويضمن عاقلة الثاني ألفي درهم في ثلاث سنين، لأنه جدّد سبب الضمان، فالبراءة عن ضمان الغصب الأول، لا توجب البراءة عن ضمان القتل.

وعن أبي يوسف: أنه ليس للمولى أن يضمن عاقلة القاتل، لأن من مذهبه أن الواجب بقتل العبد ضمان المال، فلا يكون على العاقلة، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأنه ضمان الآدميّ.

وإن أراد المولى أن يضمن الغاصب[4] الثاني ألفي درهم في ماله لم يكن ذلك؛ لأن ذلك ضمان الغصب، وقد برئ عن ضمان الغصب[5] بتضمين الأول، وإن أراد المولى أن يُرضيَ بالتضمين الأول، ويمسك القيمة التي أخذها من الأول، ولا يضمن عاقلة الثاني،

(١) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "له".

(٣) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٤) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٥) في (ج) و (د): "عنه" بسقوط: "ضمان الغصب".

كان[1] له ذلك.

ولو أن المولى لم يضمن أحد الغاصبين[2] حتى قتله الغاصب[3] الثاني، ثم اختار المولى تضمين الأول، وهو لا يعلم بغصب الثاني ولا بقتله، صحّ تضمينه، وكان ذلك إبراء للثاني عن ضمان الغصب[4] والجناية؛ لما قلنا: إن تضمين أحدهما إبراء للآخر، والجهالة لا تمنع صحة الإبراء.

ألا ترى أنه لو أبرأ غريمه عن ما عليه، ولا يعلم بذلك، صحّت البراءة، وذكر في الرجوع عن الشهادات: إذا شهد شاهدان بالكتابة، وقضى القاضي بذلك، ثم رجعا، ولم يعلم المولى برجوعهما، حتى اتبع المكاتب ببدل الكتابة، كان ذلك إبراء للشاهدين عن الضمان، كذلك هنا.

ثم الغاصب الأول بالخيار، إن شاء ضمن الثاني قيمته ألفي درهم في ماله بالغصب، وإن شاء ضمن عاقلة الثاني بالقتل ألفي درهم في ثلاث سنين؛ لأن الملك ظهر في حق البدل، إن لم يظهر في نفس المدبر، وأيهما اختار بطل الآخر؛ لتعذر الجمع بين الضمانين.

وأما الفصل الثاني:

رجل غصب عبدا قنّا يساوي ألف درهم، فزادت قيمته في يده، فصار يساوي ألفي درهم، ثم غصبه آخر، فأبَق منه، ثم اختصموا إلى القاضي، فقال المولى: غصبه الأول

---

(١) "كان": ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "أحدهما".

(٣) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د): "عن الضمان".

وقيمته ألف، وغصبه الثاني وقيمته ألفان، وقال الغاصب الأول: لا، بل غصبته وقيمته خمسمائة، وزادت في يدي، فصار يساوي ألفي درهم، فغصبته، وصدّقه الثاني، فالقول قول المولى، وله الخيار، إن شاء ضمن الأول ألف درهم[1]، وإن شاء ضمن الثاني ألفي درهم[2].

أما له أن يضمن الثاني ألفي درهم[3]؛ لأنهم تصادقوا على أنّ الثاني غصبه وقيمته ألفان، وله أن يضمن الأول ألف درهم؛ لأن الأول[4] أقرّ بكون العبد في يده، وقيمته ألفان عند غصب الثاني، ويده يد ضمان وغصب، فما كان في يده يكون مضمونا عليه ما لم يثبت حدوثه، ولهذا لو ادّعى المولى أن قيمته كانت ألفي درهم عند غصب الأول، كان القول قوله، وإنما سقط أحد الألفين بإقراره، فبقي الآخر.

ونظير هذا: ما لو اشترى عبدين بألف، وقبضهما، فهلك أحدهما، ووجد الآخر معيبا، وهو يساوي ألف درهم، فأراد أن يردّه بعيب، فقال البائع: كانت قيمته يوم البيع خمسمائة، وانقسم الثمن عليه وعلى الهالك أثلاثا، وقال المشتري: لا، بل كانت قيمته يوم البيع ألفا، وانقسم الثمن عليه وعلى الهالك[5] نصفين، كان القول في ذلك[6] قول المشتري، ويجعل الحال دليلا على ما مضى كذلك هنا.

---

(١) في (ج) و (د): "ضمن الأول ألفا".

(٢) في (ج) و (د): "ألفين".

(٣) في (ج) و (د): "ألفين".

(٤) في (ج) و (د): "لأنه".

(٥) قوله: "عليه وعلى الهالك" ساقط من (ج) و (د)، وثبوته أصح.

(٦) "في ذلك": ساقط من (ج) و (د).

فإن ضمن الأول ألفا، رجع الأول على الثاني بألفي درهم؛ لأنه قام مقام المولى في تضمينه، فيضمنه ألفي درهم.

ولو قال الغاصب[1] الأول: غصبتُه أنا وقيمته خمسمائة، وغصبه منى الثاني وقيمته خمسمائة، وقال المولى: لا، بل غصبه الأول وقيمته ألف، فالقول في ذلك[2] قول الغاصبين؛ لأنهما ينكران[3] ثبوت يدهما، وقيامها على الزيادة على خمسمائة، فكان القول قولهما مع اليمين.

فإن اختار تضمين الأول، وحلفه على ما ادّعى، وأخذ منه خمسمائة درهم[4]، ثم ظهر العبد في يد الثاني، وقيمته ألفان، كان للمولى أن يردّ على الأول ما أخذ منه، ويأخذ العبد؛ لأنه [ظهر][5] أنه لم يرضَ بزوال العبد عن ملكه بخمسمائة، وإنما أخذ دون حقه لفقد الحجّة، فإذا ظهر العبد، وقيمته ألفان، فإذا[6] ظهر أنه لم يصل إليه كمال حقّه، فكان له الخيار، إن شاء رضى بتلك القيمة، وإن شاء ردّها، وأخذ العبد، كالمكره على البيع، والمشتري إذا وجد بالمبيع عيبا ونحوهما.

فإن أراد المولى أن يمسك الخمسمائة، ويرجع عليه بالفضل إلى تمام الألف، ليس له ذلك؛ لأنه قدر على الأصل، والقدرة على استرداد الأصل تمنع التضمين.

---

(١) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٢) "في ذلك": ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "أنكرا".

(٤) "درهم" ساقط من (ج) و (د).

(٥) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٦) "فإذا": ساقط من (ج) و (د).

وإن أراد أن يردّ القيمة، ويأخذ العبد كان للغاصب أن يحبس العبد لاسترداد الضمان؛ لأنه دفع الضمان عوضًا عن ما يملك بالبيع، ويجوز رهنه، فيملك حبسه إلى أن يصل إليه الضمان، بخلاف المدبر.

فإن اختار أخذ العبد بمَحضر من الغاصب الأول، ولم يقبضه حتى قتله الثاني خطأ، كان المولى بالخيار[1]، إن شاء رجع على الأول بتمام الألف، وإن شاء رجع على عاقلة الثاني بألفي درهم في ثلاث سنين، لأنه لما اختار أخذ العبد بمحضر الأول، فقد نقض تمليك العبد بقيمته، ولم يقبضه حتى قتل، فكان له الخيار، إن شاء أمضى ذلك الفسخ، وإن شاء نقضه.

كما لو اشترى عبدا، وتقابضا، ثم تقايلا، ولم يتقابضا حتى قتل، كان للبائع الخيار، إن شاء أمضى [الإقالة][2]، واتبع القاتل، وإن شاء نقض الإقالة، كذلك هنا.

فإن اختار المولى نقض الفسخ، عاد تمليك العبد بقيمته، وقد ظهر أن قيمته يوم الغصب الأول كانت ألفا، كما قال المولى، فيرجع عليه بتمام الألف، وإنما لا يرجع عليه[3] بتمام الألف قبل القتل لقدرته على الأصل، فإذا قتل تعذّر الوصول إلى عبده، فيرجع بتمام القيمة، كما لو أقرّ الغاصب الأول أن قيمته كانت ألف يوم غصبه الأول، ولم يظهر العبد، كان له أن يضمنه تمام الألف، كذلك هنا.

---

(١) والعبارة في (ج) و (د): "يخيّر المولى".

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د)، وفي الأصل: "أمضى الخيار" وما أثبتناه أولي.

(٣) "عليه": ساقط من (ج) و (د).

وإن اختار المولى إمضاء ذلك[١] الفسخ، بقي القتل جنايةً على ملك المولى، فكان له أن يرجع على عاقلة القاتل بألفي درهم في ثلاث سنين، فإن أراد المولى أن يضمن الثاني ألفي درهم في ماله، ليس له ذلك؛ لأن ذلك[٢] ضمان غصب، وقد أبرأه عن ضمان الغصب حين اختار تضمين الأول[٣].

فإن نقض الفسخ، ورجع على الغاصب الأول بخمسمائة أخرى، كان[٤] الأول بالخيار، إن شاء رجع على الثاني بقيمته يوم غصبه الثاني، كما اتفقا[٥] عليه حالّة، وإن شاء رجع على عاقلته بألفي درهم في ثلاث سنين؛ لأن الأول ملكه بالضمان، فتَبيّن أن السببين حصلا من الثاني على ملك الأول، فيضمنه بأيّ السببين شاء.

ولو ظهر العبد عند الثاني، وقيمته ألفان، وقد كان المولى أخذ من الأول [شيئاً][٦] بخمسمائة بقوله، فلم يختر المولى شيئا حتى قتله الغاصب[٧] الثاني خطأ، أو قتله أجنبيّ خطأ، كان للمولى أن يأخذ من الغاصب[٨] الأول تمام ألف درهم[٩] على ما ادّعى، ليس

---

(١) "ذلك": ساقط من (ج) و (د).

(٢) "ذلك": ساقط من (ج) و (د).

(٣) العبارة في (ج) و (د): "وقد أبرأه عنه بتضمين الأول"، وما ثبت في الأصل أصح.

(٤) "كان": ساقط من (ج) و (د).

(٥) في (ج) و (د): "كما اتفقت".

(٦) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٧) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٨) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٩) في (ج) و (د): "تمام الأول". وهو خطأ.

له غير ذلك، حتى لو أراد أن يضمن عاقلة القاتل، لم يكن له ذلك.

فرّق بين هذا وبين ما تقدم، إذا اختار المولى أخذ العبد بمحضر من الغاصب[1] الأول، ولم يقبضه حتى قتله الثاني، كان للمولى أن يرجع على عاقلة القاتل، وهاهنا ليس له ذلك.

ووجه ذلك: أن الغاصب الأول ملك العبد بما أدّى من الضمان بزعمه ملكا فاسدا، بمنزلة المشتري من المكره، كان لمولاه[2] حق النقض، فإذا لم ينقض حتى قتل، تعذّر نقض الملك[3] لفوات محله، فبقى حقه في القيمة، وقد ظهر أن قيمته يوم الغصب الأول[4] كانت ألفا، كما قال المولى، فيرجع عليه بتمام الألف، فبقي القتل حاصلا على ملك الغاصب[5] الأول، فلا يكون للمولى أن يرجع على عاقلة القاتل، وهو كما لو باع عبدا بيعا فاسدا، وسلّم، فقتل العبد أو مات يبطل حق النقض، وكان حق البائع في قيمته على المشتري[6]، ولا سبيل له على العاقلة، كذلك هنا.

أما فيما تقدم: لما اختار المولى أخذ العبد بمحضر من الغاصب[7] الأول، فقد نقض الملك الفاسد، وعاد العبد إلى ملك المولى، فإذا لم يقبضه حتى قتل، كان له الخيار على

---

(١) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "كان للمولى".

(٣) في (ج) و (د): "تعذر النقض".

(٤) "الأول": ساقط من (ج) و (د).

(٥) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٦) العبارة في (ج) و (د): "وتقرّر حق البائع في قيمته".

(٧) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

الوجه الذي ذكرنا.

والعبد[1] القنّ في هذا يفارق المدبر، فالمدبر إذا قتل، كان لمولاه[2] أن يضمن العاقلة على كل حال؛ لأن المدبر باقٍ على ملك المولى، فكان القتل حاصلا على ملكه.

ألا ترى أن الغاصب الأول، لو أعتق القنّ بعد ظهوره قبل الفسخ، جاز عتقه، وفي المدبر لا يجوز.

وأمّ الولد عند أبي يوسف ومحمد رحمة الله عليهما بمنزلة المدبر تضمن بالغصب، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا تضمن؛ لأنها غير متقوّمة عنده، والمسألة معروفة.

ـ والله أعلم ـ

تم كتاب الغصب[3]

---

(١) "العبد": ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "فالمدبر إذا قتله، للمولى أن يضمن".

(٣) لم تثبت هذه العبارة في (ج) و (د).

كتاب الجنايات

باب من الجناية التي يدعي فيها الوليّ الخطأ أو العمد فيجب له[1] الأرش

بنى الباب على أصول:

منها: أن القصاص إذا تعذّر استيفاءه لمعنىً من جهة الوليّ، لا يجب شيء[2]، وإذا تعذّر لمعنىً من جهة القاتل يصار إلى الدية؛ لأن القياس يأبى وجوب المال بمقابلة النفس لفقدان المماثلة.[3]

وإنما عرفنا وجوب الدية نصّا في فصل الخطأ، والخطأ معنى من جهة القاتل، فما كان في معناه كان ملحقا به[4]، وما لا فلا.

ومنها: أن القصاص إذا لم يتعلّق بفعل أحد الشريكين، كان كالخاطئ مع العامد لا يتعلق بفعل الآخر لمكان الشبهة[5].

---

(١) "له" ساقط من (ج) و (د).

(٢) الجوهرة النيرة شرح القدورى ٢/ ١٥٥-١٥٦.

(٣) «المبسوط» ٢٧/ ٢٨.

(٤) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٤٤٣.

(٥) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٤٤٥.

ومنها: أن الدية وكلّ جزء منها إذا وجبَت على العاقلة، أو في مال القاتل تجب في ثلاث سنين؛ لأن عمر رضي الله عنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين[1]، وكان ذلك بمَحضر من الصحابة، فكان إجماعا، وإنما يجب على كل واحد منهم جزءها[2].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: وليّ القتيل إذا قال لرجلين: أنتما قتلتماه[3] معمّدا بحديدتين، فصدّقه أحدهما، وقال الآخر: أنا ضربته بالعصا، وكان ضربي إياه خطأ، فللوليّ عليهما الدية في مالهما في ثلاث سنين[4]؛ لأنه لما ادّعي أحدالقائلين[5] الخطأ تعذّر استيفاء القصاص منه بدعواه الخطأ، وقد تصادقوا على الشركة، فإذا لم يتعلق بفعل أحدهما القصاص لا يتعلق بفعل الآخر، كالخاطئ مع العامد، ويجب الدية في

---

(١) أثر عمر رضي الله عنه، أخرجه ابن ابي شيبة في مصنفه بسنده عن الشعبي، وعن ابراهيم، قالا: "أول من فرض العطاء عمر بن الخطاب، وفرض فيه الدية كاملة في ثلاث سنين، ثلثا الدية في سنتين، والنصف في سنتين، والثلث في سنة، وما دون ذلك في عامه"، ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» عن ابن جريج قال: أخبرت عن أبي وائل أن عمر ابن الخطاب جعل الدية كاملة في ثلاث سنين، وأسنده عن الشعبي وعن مكحول كلاهما: أن عمر... الأثر، انظر نصب الراية ٤/ ٣٣٤، وقال الإمام الترمذي في جامعه: "وقد أجمع أهل العلم على أن الدية تؤخذ في ثلاث سنين، كل سنة ثلث الدية". ٤/ ١١.

(٢) قال المرغيناني: "والتقدير بثلاث سنين مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم، ومحكي عن عمر رضي الله عنه "انظر "الهداية" مع فتح القدير ١٠/ ٤٢٤، «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٤، «بدائع الصنائع» ٧/ ٢٥٦، «المبسوط»٢٧/ ١٢٧.

(٣) في (ج) و (د): "قتلتما".

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

(٥) في (ج) و (د): "احدهما".

مالهما[١]؛ لأن القتل ثبت بالإقرار، فلا تجب على العاقلة.

وذكر في "الديات"[٢]: إذا ادّعي الوليّ العمد، فأقرّ القاتل بالخطأ، في القياس لا يجب شيء، وهو قول زفر[٣]، ورواية أخرى عن أبي حنيفة، وفي الاستحسان تجب الدية[٤]، ولم يذكر القياس والاستحسان ههنا.[٥]

وجه القياس: أن ما ادعاه الوليّ أنكره القاتل، وما أقرّ به القاتل أنكره الوليّ، فلا يجب شيء، كما لو ادّعي الوليّ الخطأ، فأقرّ القاتل بالعمد[٦].

وجه الاستحسان: أن دعواه العمدَ لا يمنع دعوى المال، لأن القصاص ينقلب مالا، فمن حجته أن يقول: كان حقّي في القصاص لكن لمّا أقررت بالخطأ، والتزمت المال، فلي أن أساعد على ذلك، وآخذ منك الدية[٧].

---

(١) الفتاوى الخانية بهامش «الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٥٠.

(٢) أي الديات من «كتاب الأصل» للإمام محمد رحمه الله.

(٣) وحجته في ذلك أن الولي في دعواه ادّعى القود، والجاني منكر للقود، فسقط القود ما لم تقم البينة، ولا بينة، والجاني في إقراره بالخطأ أقرّ بالمال، والولي يكذبه في هذا الإقرار، فلا يلزم المقر بإقراره. انظر «المبسوط» ٢٦/ ١٠٣.

(٤) الفتاوى الخانية ٣/ ٤٤٥، «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

(٥) في (ج) و (د): "هنا".

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

(٧) إن الولي يتمكّن من أخذ المال الذي أقرّ له به القاتل، على الرغم من إصراره على دعواه، وذلك لإمكان التوفيق، بأن يقول: حقي في القصاص، ولكن طُلب مني أن آخذ المال عوضا عن القصاص، وذلك جائز. انظر «المبسوط» ٢٦/ ١٠٣.

كما لو ادّعي على رجل بيعا، فأنكر البائع البيع[1]، ثم صدّقه يصحّ تصديقه؛ لأن من حجة البائع أن يقول: لا بيع بيننا لكن لما أقررت بالبيع، والتزمت الثمن ساعدتك على ذلك، فكان بيعا مستقبلا، كذلك هنا.

بخلاف ما لو ادّعي الوليّ الخطأ، فأقرّ القاتل بالعمد[2]؛ لأن دعواه الخطأ يمنع دعوى القصاص، فإن المال لا ينقلب قصاصًا، و[3]لا يمكنه أن يقول: "كان حقي في الدية"[4]، لكن لمّا أقررت الدية[5] بالقصاص، فلي أن أساعدك على ذلك.

ولو كان الوليّ ادّعي الخطأ عليهما، فأقرّ أحدهما بالخطأ[6]، والآخر بالعمد، فكذلك يقضى بالدية في مالهما[7].

فإن قيل: إذا ادّعي الوليّ الخطأ، لا يمكنه استيفاء القصاص، وإن أقرّ بالعمد، فلم كان إحالة امتناع القصاص إلى إقرار القاتل بالخطأ أولى من إحالته إلى دعوى الوليّ، قلنا: لأن الحكم يضاف إلى الحجّة ثبوتا وامتناعا، والحجة إقرار القاتل، لا دعوى الوليّ،

---

(١) "البيع" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ففي هذه الحالة لايمكنه أن يستوفي القصاص مع إصراره على الدعوى، لأن استيفاء القصاص عوضا عن المال لايجوز. راجع «المبسوط» ٢٦/ ١٠٣، والفتاوى الخانية بهامش «الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٤٥.

(٣) الواو زيادة من (ج).

(٤) في (ج): "المال" مكان "الدية".

(٥) "الدية" ساقط من (ج) و (د).

(٦) في (ج) و (د): "فأقرّ به أحدهما".

(٧) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

فلهذا أضيف إلى إقرار القاتل.

ولو ادّعي الوليّ العمد عليهما، فصدّقه أحدهما في ذلك[1]، وأنكر الآخر القتل أصلا، كان للوالي[2] أن يقتل المقر[3]؛ لأنهما تصادقا على وجوب القصاص عليه، وإنكار الآخر لم يصر شبهة؛ لأن إنكاره لا يمنع وجود القتل من غيره.

فإن كان الولي ادّعي[4] الخطأ عليهما، فأقرّ أحدهما بالعمد، وجحد الآخر القتل أصلا، لا شيء على المقرّ[5]؛ لأنه لولا دعواه الخطأ عليهما، كان له القصاص على الذي أقرّ بالعمد[6]، وإنكار الآخر لا يورث شبهة، فإنما امتنع القصاص بدعوى الوليّ الخطأ، فلا يقضى بالدية[7].

وإن قال أحدهما: قتلته أنا وفلان عمدا بالحديد، فقال الوليّ: "قتلتَه وحدك"، وقال فلان: "قتلته[8] أنا والمقرّ خطأ"، له أن يقتل المقرّ بالعمد[9]؛ لأنهما تصادقا على وجوب القصاص عليه، وشركة الآخر لم تثبت عند إنكار الوليّ، فلم تثبت الشبهة.

---

(١) "في ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "له". مكان "كان للوالي".

(٣) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

(٤) في (ج) و (د): "وإن ادعى الوليّ".

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

(٦) في (ج) و (د): "على المقرّ".

(٧) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

(٨) في (ج): "قتله" والصواب ما أثبت.

(٩) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

رجل قطعت يده ورجله، ومات من ذلك، فقال رجل: أنا قطعت يده عمدا، وقطع فلان رجله عمدا، ومات من جميع ذلك، وقال الوليّ: لا، بل أنت قطعت يده ورجله عمدا، ومات، كان له أن يقتل المقرّ[1]؛ لأنهما اتفقا على وجوب القصاص عليه، ولم تثبت الشبهة في ذلك.

وإن قال الوليّ: بلى! أنت قطعت يده، ولا أدري من قطع رجله، لم يكن [له][2] على المقرّ شيء[3]؛ لأن الوليّ لما جهل قاطع الرجل، واحتمل أن يكون قاطع الرجل صبيّا، أو مجنونا، أو رجلا لا يجب عليه القصاص، صار ذلك شبهة في حق المقرّ، وقد ذكرنا أن القصاص إذا[4] سقط بمعنى من جهة المقرّ[5] لا يجب شيء.

فإن قال الوليّ بعد ذلك: إن فلانا قطع رجله معك عمدا، وفلان من أهل أن يجب عليه القصاص إلا أنه ينكر، كان له أن يقتل المقرّ؛ لأنه يدّعي القوَد عليهما، وصدّقه فيه أحدهما، والآخر يجحد، فله أن يقتل المقرّ[6]، وإنما صح بيانه بعد الإبهام؛ لأن الوليّ قد يشتبه عليه القاتل، ثم يظهره، أو ينسى شيئا بعارض عقله، ثم يتذكّر[7]، فلا يكون متناقضا.

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٠.

(٢) "له" زيادة من (ج) و (د).

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٠.

(٤) في (ج) و (د): "متى".

(٥) في (ج) و (د): "الولي".

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

(٧) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٠.

قال: هذا إذا بيّن قبل أن يقضي القاضي ببطلان حقه، فإن رفع الأمر إلى القاضي[1] قضى ببطلان حق الولي[2] لايعود حقه بعد ذلك[3]؛ لأن القاضي أبطل حقه حالَ قيام ولاية الإبطال فيبطل[4]، كما لو فسخ البيعَ بإباق العبد قبل القبض، ثم عاد العبد من الإباق، فإنه لا يعود البيع؛ لأنه أبطل البيع حال قيام الولاية، كذلك ههنا.

- والله أعلم -[5]

---

(١) قوله: "فإن رفع الأمر إلى القاضي" ساقط من (ج)، وفيه: "أما إذا قضى".

(٢) "الولي" ساقط من (ج) و (د).

(٣) العبارة في (ج) و (د): "ببطلان حقه في القود لايعود أبدا".

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٠.

(٥) "والله اعلم" ساقط من (ج) و (د).

باب ما يجب فيه القود وما لا يجب من قطع المفاصل من الإصبع وغيرها

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن[1] وجوب القصاص في الأطراف يعتمد التكافؤ والتساوي[2]، حتى لا تقطع الصحيحة بالشلاء[3]، ولا يد الرجل بيد المرأة، ولا اليدان بيد واحدة؛ لأن الأطراف لها حكم الأموال؛ لأنهما خلقت وقاية للنفس[4].

ولهذا كان للوصيّ استيفاء القصاص في الطرف، ويستوفى في الحرم وغير ذلك، ولا يجب القصاص في كسر[5] العظم لتعذّر المساواة فيه، ويجب القصاص في الأسنان

---

(١) "أن" ساقط من (ج) و (د).

(٢) قال ابن الهمام في تفسير قوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾: هو ينبئ عن المماثلة، فكل ماأمكن رعايتها فيه، يجب فيها القصاص، وما لا فلا. انظر فتح القدير ١٠/ ٢٥٦-٢٥٧ "و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٩٦ و «المبسوط» ٢٦/ ٧٠. و" الهداية" ٤/ ٥٥٣. و

(٣) شَلّت اليدُ، شَلَلاً، من باب سمع، إذا فسدت عُروقها فبطلت حركتها، ورجلٌ أشلّ، وامرأة شلّاء، وعينٌ شلاء: هي التي فسدت بذهاب بصرها. «المصباح المنير» ١/ ٣٢١، مادة: شلل.

(٤) «فتح القدير» ١٠/ ٢٥٨-٢٥٩ والفتاوى الخانية بهامش «الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٣٣. و «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٢.

(٥) انظر: "الهداية" ٤/ ٥٥٤، و«المبسوط» ٢٦/ ٨٠، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٩٨-٢٩٩.

لإمكان المساواة فيه، وقيل بأن السنّ عصب[1].

وأصل آخر: أن المعتبر في الجنايات مآلها، لا حالها؛ لاختلاف الأحكام بسرايتها ومآلها، فإذا لم يتخلّل البُرء بين الجنايتين كانت جناية واحدة؛ لأن حكم الأولى لا يَثبت قبل البُرء، فكانت الثانية متمّمة، وإن تخلّل بينهما برء، كانت كل واحدة جناية على حدة[2]؛ لأن الأولى انتهت بالبرء، واستقرّ حكمها، فلا يمكن جعل الثانية متمّمة للأولى، فتجعل جناية على حدة، كما لو حصلت الجناية الثانية على شخص آخر، واختلف محل الجناية باختلاف الشخص.

إذا عرفنا هذا الجملة[3]، قال محمد رحمه الله: رجل قطع المفصَل الأعلى عمدا من إصبع رجل، فبرأ من ذلك، ولم يقتصّ حتى عاد القاطع، وقطع المفصل الثاني من تلك الإصبع عمدا، ثم رفع إلى الإمام بعد ما برأ، فإنه يقضي على القاطع بالقصاص في المفصل الأعلى، وبالأرش في المفصل الثاني.[4]

أما القصاص في الأعلى؛ لأنه حين قطع المفصل الأعلى كان إصبع كل واحد منهما كاملا، فيجب القصاص لوجود شرطه، وهو التساوي، ولا يجب القصاص في الثاني؛ لأنه حين قطع المفصل الثاني كانت إصبع القاطع صحيحة، وإصبع المقطوعة إصبعه ناقصة

---

(١) «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٠٨.

(٢) «الجوهرة النيرة» شرح مختصر القدوري، طبع مير محمد كتبخانه، كراتشي، ٢/ ١٧٣.

(٣) "الجملة" ساقط من (ج) و (د).

(٤) راجع المبسوط ٢٦/ ٨٣. و "الهداية" ٤/ ٥٥٨، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٣٠٠ـ ٣٠١، «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٤.

بمفصل، فلا يجب القصاص لفقدان شرطه، ويجب الأرش[1].

ولا يقال: بأن المفصل الأعلى من إصبع القاطع كانت مستحقة بالجناية الأولى وقت الجناية الثانية، والمستحق كالفائت حقيقة[2]، فتحققت المساواة؛ لأنا نقول: المستحق قائم حقيقة، وإنما يتحقق الفوات عند الاستيفاء[3]، فيلحق بالفائت، والذاهب فيما يغلب استيفاءه، والغالب في القصاص هو[4] العفو دون الاستيفاء، فلا يلحق المستحق بالفائت.

ألا ترى أن رجلا لو قطع إصبع القاطع بعد وجوب القصاص يجب القصاص على الثاني، ولو كان المستحق كالفائت لا يجب القصاص على الثاني.

ثم استشهد في الكتاب، فقال: ألا ترى أن هذا القاطع لو قطع المفصل الأسفل من إصبع رجل آخر هو مقطوع المفصل الأعلى، كان عليه الأرش للثاني، ولا يجب القصاص[5]، لعدم المساواة بينهما، وإن كان المفصل الأعلى من القاطع مستحقا للأول.

ثم سأل في الكتاب على نفسه سؤالا، فقال في مسألة الاستشهاد: "الجنايتان حصلتا على شخصين مختلفين، وفي مسألة الكتاب الجنايتان حصلتا على شخص[6]

---

(١) «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٠١-٣٠٢.

(٢) حقيقة ساقط من (ج) و (د).

(٣) «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٠٢.

(٤) "هو" ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٣.

(٦) في (ج) و (د): "على واحد".

واحد، ومستحقها واحد"، ثم أجاب عن هذا[1] فقال: "لا فرق بين الواحد والاثنين".

قال: ألا ترى أن رجلا لو قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل، فبرأ، ولم يقتصّ حتى مات المقطوعة إصبعه، فورثه رجل هو مقطوع المفصل الأعلى من تلك الإصبع، فجاء القاطع، وقطع المفصل الأسفل من إصبع الوارث، كان للوارث أن يقطع المفصل الأعلى بالميراث عن أبيه[2]، وليس له أن يقطع المفصل الأسفل قصاصا لنفسه لما بينا[3]، وإن كان مستحق الجنايتين واحدا، كذا ههنا[4].

ولو قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل، فبرأ، واقتصّ، ثم جاء القاطع الأول، وقطع المفصل الأسفل من إصبع الأول، فإنه يُقتصّ منه[5]؛ لأن إصبع كل واحد منهما عند الجناية الثانية ناقصة بمفصل، وأرشها واحد.

بخلاف ذراع لا كفّ له حيث لا يقطع بذراع مثله[6]، لأن أرش الذراع غير مقدّر، بل فيه حكومة عدل، وأرش المفاصل مقدّر.

ولو قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل، فلم يبرأ حتى عاد، فقطع المفصل الثاني

---

(١) "عن هذا" ساقط من (ج) و (د).

(٢) راجع «المبسوط» ٧/ ٤٤.

(٣) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٤.

(٤) في (ج) و (د): "كذا هذا".

(٥) انظر: «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٠٢، و«الفتاوى الهندية» ٦/ ١٤.

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٣.

من إصبعه، فبرأ، كان عليه القصاص بقطع إصبعه من المفصل الأسفل[1]، لأنه إذا لم يتخلّل بين الجنايتين بُرء، وكان الثاني متمّما للأول، فكأنه قطع الكلّ بضربة واحدة.

وهذه المسألة حجة لهما على أبي حنيفة فيمن قطع يدَ إنسان عمدا، ثم قتله عمدا، [عنده][2] للوليّ أن يقطع يده ثم يقتله، وعندهما يقتله، ولا يقطع[3].

قيل: ما ذكر هنا قولهما، لا قول أبي حنيفة، وإن كان قول الكل، فالعذر لأبي حنيفة أن في مسألة القتل لو ميّزنا بين الجنايتين أمكن إيجاب القصاص فيهما، فميّزنا تشديدا وتغليظا على الجاني.

وهُنا لو ميّزنا بين الجنايتين لا يجب القصاص في الثانية، فجعلنا الثانية جناية واحدة تشديدا وتغليظا.

رجل قطع نصف المفصل من إصبع رجل، وكسر العظم كسرا، فبرأ، ثم قطع الباقي من المفصل، وبرأ، لا قصاص عليه[4].

أما في الجناية الأولى، فلأنها كسر العظم، وقد ذكرنا أن القصاص[5] لا يجب في كسر العظم[6]، وأما في الثانية؛ فلأن إصبعه صارت بالأولى شلّاً، فانعدمت المساواة

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٠٢، و«الفتاوى الهندية» ٦/ ١٤.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) انظر «الهداية» للمرغيناني، ٤/ ٥٥٩، و «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٥.

(٤) انظر: «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٠٢، و«الفتاوى الهندية» ٦/ ١٤.

(٥) العبارة في (ج) و (د): "أن في كسر العظم لا يجب القصاص".

(٦) لأن اعتبار المماثلة فيه متعذر، لاحتمال الزيادة والنقصان. انظر «فتح القدير» ١٠/ ١٥٧.

بينهما عند الثانية.

فإن قطع الثاني من المفصل قبل البرء، وجب القصاص[1]؛ لأنه إذا لم يتخلّل البُرء كانتا جناية واحدة، فكأنه قطع المفصل بضربة واحدة.

وإن قطع المفصل أولا، ثم كسر العظم بعد ذلك، إن تخلّل بينهما بُرء، كان في الأولى قصاص[2]؛ لأنه قطع، وقد وجدت المساواة بينهما، وفي الثانية حكومة عدل؛ لأنه كسر.

وإن لم يتخلّل البُرء، لا قصاص أصلا[3]؛ لأن الجناية تمّت بكسر العظم.

وكذا لو ضرب رجلا ضربةً، وقطع أصابعه، ثم عاد قبل البرء، وقطع الكف من المفصل، قطعت كفه من المفصل[4].

ولو قطع الأصابع فبرأ، ثم قطع الكف، يجب القصاص في الأصابع، وفي الكف حكومة عدل[5].

وكذا لو قطع الأصابع خطأ[6][7]، فبرأت، ثم قطع الكف خطأ، كان في الأصابع

(١) انظر: «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٠٢، و«الفتاوى الهندية» ٦/ ١٤.

(٢) انظر المرجع السابق.

(٣) كذا في «الفتاوى الهندية» نقلا عن المحيط، ٦/ ١٤.

(٤) انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٠١.

(٥) راجع للتفصيل " الهدايه "، ٤/ ٥٥٨.

(٦) راجع «بدائع الصنائع» للكاساني ٧/ ٣٠١، «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٤

(٧) نقلا عن: المحيط.

دية اليد، وفي الكف حكومة عدل، ولو لم يتخلّل بينهما بُرء يجب دية اليد لا غير.

وكذا لو قطع الحشفة خطأ، ثم قطع الباقي، إن لم يتخلّل بينهما برء يجب دية كاملة، وإن تخلل بينهما بُرء[1] يجب في الحشفة الدية، وفي الباقي حكومة عدل[2].

وكذا لو[3] شجّ رجلا موضحة خطأ، فلم يبرأ حتى شجّه أخرى، ثم شجّه[4] أخرى، حتى شجّه تمام[5] عشرين موضحة، ثم برأت، كان على عاقلته دية كاملة في ثلاث سنين؛ لأن دية الكل وجبت في حالة واحدة، فيجب في ثلاث سنين.

ولو كان كلّما شجّه شجةً برأت ، كان على العاقلة دية كاملة في سنة واحدة[6]؛ لأن عند تخلّل البُرء يعتبر كل شجّة جناية على حدة، ويستقرّ حكمها عند وجودها، فيجب بكل موضحة خمسمائة في تلك السنة؛ لأن[7] ما دون ثلث الدية يجب في سنة واحدة، فلهذا كان على العاقلة دية كاملة في سنة واحدة[8].

وكذا لو شجّ رجلا موضحة عمدا، فلم يبرأ حتى ضربه ضربةً أخرى، فجعلها

---

(١) قوله: "بينهما برء" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٠٨، «الهداية» ٤/ ٥٥٥، «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٧-٢٨.

(٣) راجع المرجع السابق، و«الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٩.

(٤) "شجّه" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "تمام" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "واحدة" ساقط من (ج) و (د).

(٧) في (ج) و (د): "لأن".

(٨) انظر أنواع الشجاج وأحكامه في "المبسوط" ٢٦/ ٧٤ و «الفتاوى الهندية» ٧/ ٢٩.

منقّلة: وهي التي تنقل العظم، كان عليه أرش المنقّلة[1]، ولا شيء في الموضحة؛ لأن الجنايتين صارتا جناية واحدة، وهي المنقّلة، وإن تخلل البرء كان عليه القصاص في الموضحة[2].

وفي المنقّلة الحاصلة بالضربة الثانية حكومة عدل.

ذكر هذه المسائل لبيان أن الجنايات إذا لم يتخلّل بينهن بُرء، كانت جناية واحدة، وإن تخلّل بينهن برء يعتبر كل جناية على حدة[3]

. والله اعلم.[4]

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٧/ ٢٩.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/٢٩.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٥.

(٤) "والله اعلم" ساقط من (ج) و (د).

باب جناية أمّ الولد على مولاها وعلى غيره من العمد الذي يجب فيه القصاص وما لا يجب فيه قصاص والمدبّر والقنّ والعُقر في ذلك

بنى الباب على أصول:

أحدها: ما تقدّم أن القصاص إذا تعذّر استيفاؤه لمعنى من قِبل مَن له الحق، لا ينقلب مالاً، وإن تعذّر لمعنى مِن غيره ينقلب مالا.[1]

والثاني: أن جناية المملوك على مولاه يعتبر إن كان موجبا للقصاص، وإلا فلا؛ لأن اعتبار ما يوجب القصاص يوجب حقاً لم يكن، وهو إباحة الدم؛ لأن المملوك في حق الدم مبقى على أصل الحرية[2]، واعتبار ما لا يوجب القصاص لا يوجب إلا ما كان ثابتا، وهو استحقاق الرقبة، فلا يعتبر.

والثالث: أن جناية المملوك إذا ترادفت، ودفع بها، عند أبي حنيفة رحمه الله[3] يقسم الجاني بين أولياء الجناية بطريق العَول[4] والمضاربة، وعند صاحبيه[5] بطريق

(١) «الجوهرة النيرة» شرح القدوري ٢/ ١٥٥-١٥٦

(٢) «المبسوط» ٢٧/ ٧٤ وشرح «فتح القدير» ١٠/ ٣٨٦.

(٣) "رحمه الله" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "العَول": الارتفاع، وقد عالت أي ارتفعت، وفي الاصطلاح: هو زيادة في سهام المسألة ونقص في مقاديرها، وقيل: مأخوذ من الميل، وذلك أن الفريضة إذا عالت فهي تميل على أهل

المنازعة.[1]

والرابع: أن العبد إذا قَتل مولاه عمدا، وله وليّان، فعفا أحدهما، بطل كله، ولا ينقلب نصيب الباقي مالا في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

عند[2] أبي يوسف رحمه الله: ينقلب نصيبه مالا، فيقال للعافي: ادفع نصف نصيبك، وهو الربع إلى شريكك، أو افده بربع الدية[3].

والخامس: أن أم الوَلد إذا قتلت مولاها عمدا، فإن لم يكن لها منه ولد يرثه، تقتل به[4]؛ لقوله عليه السلام: «العمد قود»[5]، ولما ذكرنا أن المملوك في حق الدم بمنزلة الحر،

الفريضة جميعا فينتقص أنصباؤهم. فهو على هذا من الأضداد. راجع «المغرب» ٢/ ٩٠، «المصباح المنير» ٢/ ٦٧١، «التعريفات» ص ٢٠٥، «طلبة الطلبة» ص ١٧٠.

(٥) وفي (ج) و (د): "عندهما".

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦١- ٦٢ «فتح القدير» ١٠/ ٣٧٨.

(٢) في (ج) و (د): "وفي قول أبي يوسف".

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٢.

(٤) «فتح القدير» ١٠/ ٢٣٥، «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٩.

(٥) قوله عليه السلام: «العمد قود»، أي: موجَبه قود، رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، وكذا اسحاق في مسنده كلاهما من حديث ابن عباس، قال: قال رسول الله ﷺ: «العمد قود إلا أن يعفو ولي المقتول» واللفظ لابن أبي شيبة. «نصب الراية» ٤/ ٣٢٧، وأخرجه الدارقطني من طريق ابن أبي شيبة، كما أخرجه من وجه آخر عن طاووس عن أبي هريرة. ٣/ ٩٤.

وأخرج أبوداود في الديات الحديث ٤٥٣٩، والنسائي في القسامة الحديث ٤٨٠٣و ٤٨٠٤، وابن ماجه في الديات الحديث ٢٦٣٥، كلهم من حديث ابن عباس: «ومَن قُتل عمدا فهو قَوَد،

وإن كان لها منه ولد يرثه، لا تقتل؛ لأن نصيب ولدها يبطل[1] ضرورة أن الولد لا يستحق القصاص على والدته، وإذا بطل حقه سقط حق الباقين ضرورة أنه لا يتجزأ.

والسادس: أن جنايات أم الولد أو المدبر وإن كثُرت، لا توجب إلا قيمة واحدة[2]، لأنها لو كانت محلا للدفع لا تدفع إلا مرة واحدة، وإذا لم تكن محلا للدفع لا تجب[3] إلا قيمة واحدة.

وفي الباب فصول ثلاثة: جناية أم الولد، وجناية المدبّر، وجناية القنّ.

أما الفصل[4] الأول: قال محمد رحمه الله:

أمّ ولد قتلَت سيدَها عمدا[5]، و رجلا[6] أجنبيا عمدا، فإن لم يكن لها ولد من مولاها يرثه، تقتل بهما[7]؛ لأنها تقتل بكل واحد منهما[8] عند الانفراد، لما ذكرنا أن

ومن حال دونه فعليه لعنة الله وغضبه، لايقبل منه صَرف ولاعَدل» فهذا شاهد قوي لحديث ابن عبس الذي أسنده ابن أبي شيبة.

(١) في (ج) و (د): "سقط".

(٢) «فتح القدير» ١٠/ ٣٩١.

(٣) وفي (ج) و (د): "لا توجب".

(٤) "الفصل" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "عمدا" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "رجلا" ساقط من (ج) و (د).

(٧) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٩.

(٨) "منهما" ساقط من (ج) و (د).

المملوك في حكم الدم[1] مبقى على أصل الحرية[2]، فكذلك عند الاجتماع.

فإن لم تقتل حتى عفا أحد وليّي كل واحد منهما، فهو على وجهين: إما أن عفَوا معًا، أو على التعاقب، فإن عفَوا معًا سقط القصاص، وتسعى في نصف قيمتها لغير العافيين[3]، أما سقوط القصاص؛ فلأنه كان مشتركا بينهم، فإذا سقط نصيب العافيين يسقط الكل لعدم التجزّئ.

وأما وجوب نصف السعاية؛ لأن القصاص كان أرباعا بينهم، فإذا سقط نصيب العافين وهو النصف بالعفو[4]، انقلب نصيب الباقيين مالا.

وفيه إشكال، وهو أنه لو وجبت السعاية عليها في نصف القيمة، إما أن تجب بالجناية، أو بالعفو، لا وجه للأول[5]؛ لأنها جنَت وهي رقيقة، وأم الولد إذا جنت جناية موجبة للمال، لا يكون عليها، بل يكون[6] على المولى[7].

ولو جاز أن يجب عليها لوارث الأجنبي، لا وجه لوجوبها لوارث المولى؛ لأن

(١) في (ج) و (د): "حق الدم".

(٢) «المبسوط» ٢٧/ ٧٤.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٩.

(٤) وفي (ج) و (د): "فإذا سقط نصيبهما بالعفو".

(٥) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "لا وجه إلى الأول" وما ثبت أولى.

(٦) "يكون" ساقط من (ج) و (د).

(٧) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٥.

الوارث[1] يستحق المال بطريق الخلافة والوراثة عن الميت، ولهذا تقضى منه ديون الميت.

وجناية المملوك إذا كانت موجبة للمال لا تعتبر، ولهذا لو كانت خطأ كانت هدرا[2]، فإذا لم تعتبر في حق المولى لا تعتبر في حق الوارث، ولا وجه للثاني؛ لأنه لو وجب بالعفو لوجب نصف الدية، كالحر إذا قتل حرا، وله وليان، فعفا أحدهما، كان للآخر نصف الدية[3].

والجواب عنه: إنما أوجبنا السعاية في نصف القيمة؛ لأن هذا المال وجب خلفا عن القصاص، وحكم الخلف حكم الأصل، يجب بسببه عند انعدام الأصل، والمولى يستحق القصاص بجناية أم الولد[4]، فيستحق الخلف، ولأن المولى إنما لا يستحق المال على مملوكه بسبب[5] الجناية لمكان الاستحالة، وانعدام[6] الفائدة، وذاك في مال يجب عليها قبل الحرية، لا في مال يجب عليها بعد الحرية، والسعاية تجب عليها بعد العتق.

وإنما قدّر بالقيمة، لا بالدية؛ لأنه وجب بجناية وجدت قبل العتق، فيقدّر بالقيمة، كما لو[7] قتلت رجلا خطأ، ولأنا إن نظرنا إلى السبب، فالسبب وجد في الرق، وإن

---

(١) وفي (ج) و (د): "لأنه".

(٢) «فتح القدير» ١٠/ ٣٦٥.

(٣) «فتح القدير» ١٠/ ٣٧٩.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٨

(٥) "بسبب" ساقط من (ج) و (د).

(٦) وفي (ج) و (د): "عدم الفائدة".

(٧) "لو" ساقط من (ج) و (د).

نظرنا إلى الوجوب، فوجوب المال كان[1] بعد العتق، فوفّرنا على الشبهين حظّهما، فقدّرنا الواجب من القيمة[2] اعتبارا للسبب، وأوجبنا المال عليها نظرا إلى حالة الوجوب توفرا على الشبهين، واعتبارا للحالين.

وإن عفَوا على التعاقب، بأن عفا أحد وليّي المولى مثلا[3] أوّلا، ثم عفا أحد وليّي الأجنبي، كان عليها السعاية في ثلاثة أرباع قيمتها[4]؛ لأنه لما عفا أحد وليّي المولى اولا[5] انقلب نصيب صاحبه مالا، وهونصف القيمة[6]؛ لأن حق كل قتيل في كل القصاص، فكان حق كل واحد من وارثه في نصف القصاص، فإذا انقلب مالا كان حقه في نصف القيمة، لو انتقص عن ذلك إنما ينتقص بحكم المزاحمة، ولا مزاحمة ههنا؛ لأن حق الأجنبي بقي في القصاص، ولا مزاحمة بين المال والقود.

فلهذا كان حق الشريك العافي في نصف القيمة، فصار نصف قيمتها مشغولا بحق شريك العافي، ونصف قيمتها فارغًا، فإذا عفا أحد وليّي الأجنبي بعد ذلك انقلب نصيب الساكت من وليّي الأجنبي مالا، وهو نصف القيمة شائعا نصف هذا النصف، وهو ربع القيمة وقع في النصف الفارغ من قيمتها، فيثبت، ويكون ذلك له، ونصفه، وهو الربع

(١) وفي (ج) و (د): "فالو جوب بعد العتق".

(٢) وفي (ج) و (د): "بالقيمة".

(٣) "مثلا" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٩.

(٥) "أولا" ساقط من (ج) و (د).

(٦) وفي (ج) و (د): "وهو النصف".

وقع في النصف الذي كان مشغولا بحق وارث المولى[1].

فما أصاب المشغول لا يزيده شغلا، بل يظهر أثر اجتماع الحقّين في المزاحمة، فلهذا كان عليها السعاية في ثلاثة أرباع قيمتها، بخلاف ما إذا عفوا معًا حيث يجب نصف القيمة[2]؛ لأنه ما دام حق الكل في القصاص، كان حق كل واحد منهم في الربع لمكان المزاحمة، فإذا عفوا معا بقي كذلك، ولا يزيد.

وهنا بالتقديم ظهرت الزيادة لعدم المزاحمة على ما ذكرنا، فلهذا وجبت السعاية في ثلاثة الأرباع.

ثم اختلفوا في كيفية قسمة هذه الثلاثة الأرباع:

قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: يعطى ربع القيمة للساكت من وليي الأجنبي خاصة، ويقسم نصف القيمة[3] بين الساكت من وليّي المولى، وبين الساكت من وليّي الأجنبي أثلاثًا بطريق العول والمضاربة[4]، ثلثا النصف وهو سدسا القيمة لوليّ المولى، وثلث النصف وهو سدس القيمة لوليّ الأجنبي، وقد أخذ وليّ الأجنبي مرة ربع القيمة، فإذا ضمّمت سدس القيمة إلى ربع القيمة يكون سدسين ونصف سدس، وسلم لوليّ المولى سدسا القيمة، فاجعل كل نصف سدس سهما، فيصير ثلاثة أرباع القيمة تسعة أسهم،

---

(١) "«الفتاوى الهندية»" ٦/ ٦٩.

(٢) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٩.

(٣) في (ج): "يقسم النصف".

(٤) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٩.

خمسة أسهم منها[1] لوليّ الأجنبي، وأربعة لوليّ المولى.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يعطى ربع القيمة أوّلا لوليّ الأجنبي، كما قال أبو حنيفة رحمه الله، ثم يقسم نصف القيمة بينهما بطريق المنازعة، نصف هذا النصف لوليّ المولى بلا منازعة[2]؛ لأن وليّ الأجنبي أخذ ربع القيمة، فهو لا يدعي من هذا النصف إلا ربع القيمة، فيسلم ربع القيمة لوليّ المولى [بلا منازعة][3]، واستوَت منازعتهما في الربع الآخر[4]، فيكون بينهما، فيصير لكل واحد منهما ثلاثة أثمان القيمة.

وكذا لو عفا أحد وليّي الأجنبي أوّلا، ينقلب نصيب صاحبه مالا، وهو نصف القيمة، فإذا عفا أحد ولي المولى ينقلب نصيب الساكت منهما مالا، وهو نصف القيمة، نصفه في النصف المشغول بحق ولي الأجنبي، ونصفه في النصف الفارغ، فيجب عليهما ثلاثة أرباع القيمة، ويقسم ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله بطريق العول والمضاربة، وعندهما بطريق المنازعة كما في الوجه الأول[5].

وجنس[6] مسائل القسمة أربعة:

---

(١) قوله: "أسهم منها" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «فتح القدير» ١٠/ ٣٧٩.

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل وأثبتناه من (ج) و (د).

(٤) "الآخر" ساقط من (ج) و (د).

(٥) سقطت عبارة طويلة من قوله: "ينقلب نصيب صاحبه" إلى قوله: "كما في الوجه الأول" من (ج) و (د)، وثبتت في (ا) و (ب).

(٦) كذا في (ج) و (د)، وجاء في الأصل: "وجنس هذه"، وما أثبت أولى وأفصح

منها ما يقسم بطريق العول والمضاربة عند الكل.

ومنها ما يقسم بطريق المنازعة عندهم.

ومنها ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما بطريق العول والمضاربة.

ومنها ما يقسّم على عكس ذلك.

أما ما يقسّم بطريق العول عندهم ثمانية:

إحداها: الميراث، إذا اجتمعت سهام الفرائض في التركة، وضاقت التركة عن الوفاء بها، تقسم بطريق العول[1].

والثانية: إذا اجتمعت الديون المتفاوتة في التركة[2]، وضاقت التركة عن الوفاء بها تقسم التركة بين أرباب الديون بطريق العول[3].

والثالثة: إذا أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بربع ماله، ولآخر بسدس ماله، ولم تجز الورثة حتى عادت الوصايا إلى الثلث، يقسم الثلث بينهم على طريق العول[4].

والرابعة: الوصية بالمحاباة[5]، إذا أوصى بأن يباع العبد الذي قيمته ثلاثة آلاف درهم من هذا الرجل بألفي درهم، وأوصى لآخر أن يباع منه العبد الذي يساوى ألفي

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٦٨.

(٢) قوله: "في التركة" ساقط من (ج) و (د).

(٣) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٦٨.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١١٥.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١١٠.

درهم بألف درهم، حتى حصلت المحاباة لهما بألفي درهم، كان الثلث بينهما بطريق العول.

والخامسة: الوصية بالعتق، إذا أوصى بأن يعتق من هذا العبد نصفه، وأوصى بأن يعتق من هذا الآخر ثلثه، وذاك لا يخرج من الثلث، يقسم ثلث المال بينهما بطريق العول، ويسقط من كل واحد منهما حصته من السعاية.

والسادسة: الوصية بألف مرسلة، إذا أوصى لرجل بألف، ولآخر بألفين كان الثلث بينهما بطريق العول[1].

والسابعة: عبد فقأ عين رجل حر، وقتل آخر خطأ، فدفع بها، يقسم الجاني بينهما بطريق العول، ثلثاه لوليّ القتل، وثلثه للآخر[2].

والثامنة: مدبّر جنى على هذا الوجه، ودفعت القيمة إلى أولياء الجناية، كانت القيمة بينهما بطريق العول[3].

وأما ما يقسم بطريق المنازعة:

مسألة واحدة ذكرها في «الجامع»: فضوليّ باع عبدا من رجل بألف درهم، وفضوليّ آخر باع نصف ذلك العبد من رجل آخر[4] بخمسمائة درهم[5]، فأجاز المولى

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٩٨.

(٢) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٥٥.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٦.

(٤) في (ج) و (د): "باع نصفه من آخر".

(٥) "درهم" ساقط من (ج) و (د).

البيعين جميعًا[1]، يخيّر المشتريان، فإن اختارا الأخذَ، أخذا بطريق المنازعة، ثلاثة أرباعه لمشتري الكل، وربعه لمشتري النصف عندهم جميعًا.

وأما ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة، وعندهما بطريق العول، ثلاث مسائل:

إحداها: دار تنازع فيها رجلان، أحدهما يدّعي كلها، والآخر يدعي نصفها، وأقاما البينة، عند أبي حنيفة رحمه الله تقسم الدار بينهما بطريق المنازعة، ثلاثة أرباعها لمدعي الكل، والربع لمدعي النصف، وعندهما تقسم[2] أثلاثا، ثلثاها لمدعي الكل، وثلثها لمدعي النصف.

والثانية: إذا أوصى بجميع ماله لرجل، وبنصفه لآخر، وأجازت الورثة، عند أبي حنيفة رحمه الله كان[3] المال بينهما أرباعا، وعندهما أثلاثا.

والثالثة: إذا أوصى بعبد بعينه لرجل، وبنصف هذا العبد لآخر[4]، والعبد[5] يخرج من ثلثه أو لا يخرج، وأجازت الورثة، كان العبد بينهما أرباعا بطريق المنازعة[6]

(١) «فتح القدير» ١٠/ ٣٧٨-٣٧٩.

(٢) "تقسم" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "كان" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د) "وبنصفه لآخر".

(٥) في (ج) و (د): "وهو يخرج".

(٦) قوله: "بطريق المنازعة" ساقط من (ج) و (د).

عند أبي حنيفة، وعندهما أثلاثا بطريق المنازعة[1].

وأما ما يقسم بطريق العول عند أبي حنيفة، وعندهما بطريق المنازعة، خمس مسائل:

منها ما ذكره في المأذون: عبد مأذون بين رجلين، أدانه أحد المولَيَين مائة، يعني باعه شيئا بنسيئة، وأدانه أجنبي مائة، فبيع العبد بين الإثنين[2].

عند أبي حنيفة يقسم ثمن العبد بين المولى المدين، وبين الأجنبي أثلاثا، ثلثاه للأجنبي، وثلثه للمولى المدين[3]؛ لأن إدانته تصحّ في نصيب شريكه، ولايصح في نصيب نفسه[4].

والثانية: إذا أدانه أجنبي مائة، وأجنبي آخر خمسين، وبيع العبد، عند أبي حنيفة يقسم الثمن بينهما أثلاثا، وعندهما أرباعا.

والثالثة: عبد قتل رجلا خطأ، وآخر عمدا، وللمقتول عمدا وليّان فعفا أحد وليه[5]، يخيّر مولى العبد بين الدفع والفداء، فإن فدَى المولى يفدى بخمسة عشر ألفا، خمسة آلاف لشريك العافي، وعشرة آلاف لوليّ الخطأ، وإن دفع يقسم العبد بينهما أثلاثا

(١) "بطريق المنازعة" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "فبيع العبد بمائة" مكان "بين الإثنين".

(٣) "المدين" ساقط من (ج) و (د).

(٤) العبارة في (ج) و (د): "لا في نصيبه".

(٥) في (ج) و (د): "فعفا أحدهما".

عند أبي حنيفة رحمه الله[1]، وعندهما أرباعا بطريق المنازعة[2].

والرابعة: لو كان الجاني مدبرا، والمسألة بحالها، ودفع المولى القيمة، عند أبي حنيفة رحمه الله يقسم القيمة بينهما بطريق العول أثلاثا، وعندهما أرباع بطرق المنازعة[3].

والخامسة: مسألة الكتاب: أم الولد قتلت مولاها عمدا[4]، وأجنبيا عمدا، ولكل واحد منهما وليان، فعفا أحد وليّي كل واحد منهما على التعاقب، سعت في ثلاثة أرباع قيمتها، كان للساكت من وليّى الأجنبي ربع القيمة، ويقسم نصف القيمة بينهما بطريق العول أثلاثا عند أبي حنيفة، وعندهما أرباعا بطريق المنازعة[5].

والأصل لأبي يوسف ومحمد: أن الحقين متى ثبتا على الشيوع في وقت واحد كانت القسمة عولية، وإن ثبتا على وجه التمييز، أو في وقتين مختلفين كانت القسمة نزاعية[6].

والمعنى فيه: أن القياس يأبي القسمة بطريق العول؛ لأن تفسير العول أن يضرب كل واحد منهما بجميع حقه، أحدهما بنصف المال، والآخر بالكل، والمال الواحد لا

---

(١) انظر: «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦١، ٦٢ و «فتح القدير» ٧/ ٣٧٨.

(٢) قوله: "بطريق المنازعة" ساقط من (ج) و (د).

(٣) من قوله: "عند أبي حنيفة" إلى آخر الفقرة ساقط من (ج) و (د).

(٤) "عمدا" ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٩.

(٦) انظر «فتح القدير» ١٠/ ٣٧٨.

يكون له كل ونصف آخر، ولهذا قال ابن عباس رضي الله عنهما: «من شاء بَاهَلْتُه أن الله تعالى لم يَجعل في المال الواحد ثلثين، ونصفا، ولا نصفين وثلثا»[1].

إنما تركنا القياس في الميراث بإجماع الصحابة، فيلحق به ما كان في معناه، وفي الميراث حقوق الكل تثبت على وجه الشيوع في وقت واحد، وهو حالة الموت، فيلحق به ما كان في معناه[2]، وفي التركة إذا اجتمعت حقوق متفاوتة، حق أرباب الديون يثبت في وقت واحد، وهو حالة الموت أو المرض، فكانت في معنى الميراث[3].

وكذلك في الوصايا، وفي العبد والمدبر إذا فقأ عين إنسان، وقتل آخر خطأ، حق أصحاب الجناية يثبت في وقت واحد[4]، وهو وقت دفع العبد الجاني أو قيمة المدبر؛ لأن موجب جناية الخطأ لا يملك قبل الدفع، ولهذا لا تجب فيه الزكاة قبل القبض، ولا تصح به

---

(١) لم أجده بهذا اللفظ، إنما أخرج عبد الرزاق عن معمر عن ابن طاووس قال: أخبرني أبي أنه سمع ابن عباس يقول: «لوددت آتي هؤلاء الذين يخالفوني في الفريضة، نجتمع فنضع أيدينا على الركن، ثم نبتهل فنجعل لعنة الله على الكاذبين» «مصنف عبد الرزاق» ١٠/ ٢٥٥، الأثر: ١٩٠٢٤، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٢/ ١٨٢ والدارمي ٢/ ٣٩٩، والمتقي الهندي في كنز العمال ١٣/ ٢٧. وانظر أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٩٠، المغني ٦/ ١٨٤.

وأخرج عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله قال: سمعت ابن عباس يقول: «أحصى الله رملَ عالج ولم يحص هذا، مال في مال ثلثان ونصف، يعني أن الفريضة لاتعول».

(٢) سقط قوله: "فيلحق به ما كان في معناه" من (ج) و (د).

(٣) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٤٧.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٦.

الكفالة، وإنما يملك عند التسليم، ووقت الدفع واحد.

وفي مسألة دعوى الدار الحق إنما ثبت بقضاء القاضي[1]، ووقت القضاء واحد، فكانت في معنى الميراث، وفي مسألة بيع الفضوليّ وقت ثبوت الحقين مختلف، لأن الملك ثبت عند الإجارة مستندا إلى وقت العقد، ووقت العقد مختلف.

وفي القسم الرابع وقت ثبوت الحقين مختلف، أما في مسألة الإدانة؛ فلأن الحق ثبت بالإدانة، ووقت الإدانة مختلف، وفي العبد إذا قتل رجلا عمدا، وآخر خطأ، وللمقتول عمدا وليّان فعفا أحدهما، واختار المولى دفع العبد، أو كان الجاني مدبرا، والمسألة بحالها، فدفع المولى القيمة[2].

عندهما: يقسم بطريق المنازعة؛ لأن وقت ثبوت الحقين مختلف، لأن حق الساكت من وليّ الدم كان في القصاص، لأنه سئل، والمال بدل عن القصاص، ووجوب البدل مضاف إلى سبب الأصل، وهو القتل، فكان وقت ثبوت حقه القتل، وحق وليّ الخطأ في القيمة، إذ العبد المدفوع يثبت عند الدفع لا قبله، لأنه صلة معنى، والصّلات لا تملك قبل القبض، فكان وقت الحقين مختلفا، فلم يكن في معنى الميراث، فكانت القسمة نزاعية.

وفي جناية أم الولد وجوب الدية للذي لم يعفُ مضاف إلى القتل لما قلنا، والقتلان وجد في وقتين مختلفين، فكانت القسمة نزاعية عندهما.

والأصل لأبي حنيفة: أن قسمة العين متى كانت لحق ثابت في الذمة، أو لحق ثبت في العين على وجه الشيوع في البعض دون الكل، كانت القسمة عولية، ومتى وجبت

(١) في (ج) و (د): "ثبت بالقضاء".

(٢) انظر «فتح القدير» ١٠/ ٣٧٨.

قسمة العين لحق ثبت على وجه التمييز، أو كان حق أحدهما في البعض الشائع، وحق الآخر في الكل، كانت القسمة نزاعية[1].

والمعنى فيه أن الحقوق متى وجبت في الذمة، فقد استوت في القوة، لأن الذمة متّسعة[2]، فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه في العين، وكذا إذا كان حق كل واحد منهما في العين لكن في الجزء الشائع، فقد استوت في القوة، لأن ما من جزء ثبت فيه حق أحدهما، وللآخر أن يزاحمه، فكانت الحقوق مستوية في القوة.

والأصل في قسمة العول الميراث كما قالا، وثمّة حق كل واحد منهم ثبت في البعض الشائع، وإذا ثبت الحقان على وجه التميز لم يكن في معنى الميراث، وكذا إذا كان حق أحدهما في البعض الشائع، وحق الآخر في الكل لم يكن في معنى الميراث، لأن صاحب الكل يزاحم صاحب البعض في كل شيء.

أما صاحب البعض لا يزاحم صاحبه في الكل، فلم يكن في معنى الميراث، ولأن حق كل واحد منهما إذا كان في البعض الشائع، وما يأخذ كل واحد منهما بحكم القسمة غير مقرّر، وأنّه غير الشائع، كان المأخوذ بدل حقه، لا أصل حقه، فيكون في معنى الميراث والتركة التي اجتمعت فيها الديون، وفي مسائل العفو[3] القسمة إنما وجبت لحق ثابت في الذمة، لأن حق كل واحد منهما في موجب الجناية، وموجب الجناية يكون في الذمة، فكانت القسمة فيها عولية، فعلى هذا تخرج المسائل.

هذا إذا لم يكن لها ولد من المولى، فإن كان لها ولد من المولى يرثه، فلا قصاص

---

(١) انظر «فتح القدير» ١٠/ ٣٧٨.

(٢) «فتح القدير» ١٠/ ٣٧٩، و «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٩.

(٣) "العفو" ساقط من (ج) و (د)، وثبوته أصح.

عليها بدم المولى[1]، لأن الولد لا يستوجب القصاص على والدته، ولهذا لو قتلت المرأة ولدها لا يجب عليها القصاص[2]، لأن الوالدة سبب لوجوده، فلا يستحق قتلها.

ولهذا لا يباح له قتل واحد من أبويه، وإن كان حربيا، أو مرتدًا، أو زانيا محصنًا، فإذا سقط حق ولدها من القصاص[3] سقط حق الباقي، وانقلب الكلّ مالا، لأن القصاص تعذّر استيفاؤه لا لمعنى من جهة القاتل، بل حكما من جهة الشرع، فانقلب الكل مالا[4]، بخلاف ما تقدم؛ لأن ثمة العافي أسقط حق نفسه، فلا ينقلب نصيبه مالا.

فإن قيل: إذا لم تكن هذه الجناية موجبة للقصاص عليها بدم المولى ينبغي أن تكون هدرا، كما لو قتلته خطأ.

قلنا: الجناية وقعت موجبة للقصاص؛ لأنه تجب للمقتول، والمولى يستوجب القصاص على مملوكه، وإنما سقط القصاص ضرورة الانتقال إلى الوارث، وهي حرة وقت الانتقال، فينقلب مالا، ويلزمها القيمة دون الدية اعتبارا لحالة القتل.

هذا كمن قتل رجلا عمدا، وابن القاتل وارث المقتول، كان لإبن المقتول الدية على والده القاتل[5]، كذلك ههنا.

ولورثة الأجنبي القصاص كما كان؛ لأن حقهما يمتاز عن حق ورثة المولى، فكان

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٩.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤.

(٣)قوله: "من القصاص" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤.

لهما القصاص، إن شاءا أخّرا حتى يؤدي القيمة إلى ورثة المولى، وإن شاءا عجّلا القتل، لأن القصاص حقهما[1]، ولو أخّرا إلى أن يؤدي السعاية، ربما لا يؤدي مخافة القتل، فيبطل حق الورثة الأجنبي في القصاص[2]، فكان لهما التعجيل، فإن عفا أحد وليّي الأجنبي وجب للساكت منهما نصف القيمة أيضا.

وجنايات أم الولد وإن كثرت لا توجب إلا قيمة واحدة، فصارت القيمة مشتركة بين ورثة المولى، وبين[3] وارث الأجنبي.

ثم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى تقسم قيمتها بينهما أثلاثا بطريق العول والمضاربة، ثلثها لورثة المولى، وثلثها لوارث الأجنبي[4]، وعندهما يقسم أرباعا بطريق المنازعة[5]، ثلاثة أرباعها لورثة المولى، وربعها لوارث الأجنبي لما ذكرنا[6].

فإن كانت سعت في قيمتها لورثة المولى، ثم عفا أحد وليّ الأجنبي، إن دفعت القيمة إلى ورثة المولى بقضاء القاضي لا سبيل لوارث الأجنبي عليها، لأن الواجب عليها قيمة واحدة، وقد أدّت بقضاء القاضي فتفرغ ذمتها عن الجناية، وكان للساكت من ورثة

---

(١) قوله: "لأن القصاص حقهما" ساقط من (ج)، وفيه: "لأنهما لو أخّرا".

(٢) سقط قوله: "حق الورثة الأجنبي في القصاص" في (ج)، وفيه: "فيبطل حقهما".

(٣) "بين" ساقط من (ج) و (د).

(٤) لم يثبت قوله: "بطريق العول والمضاربة، ثلثها لورثة المولى، وثلثها لوارث الأجنبي" في (ج) و (د).

(٥) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٦، «فتح القدير» ١٠/ ٣٩١.

(٦) العبارة في (ج) و (د): "وعندهما أرباعا لما ذكرنا".

الأجنبي أن يتبع ورثة المولى[1]، ويشاركهم في تلك القيمة[2]؛ لأنهم أخذوا قيمة مشتركة.

وإن دفعت القيمة[3] إلى ورثة المولى بغير قضاء القاضي، ثم عفا أحد ورثة الأجنبي، عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب، كان لوارث الأجنبي أن يشارك ورثة المولى، فلا سبيل له على أم الولد[4].

وعند أبي حنيفة وارث الأجنبي بالخيار، إن شاء يرجع على ورثة المولى، وإن شاء يرجع على أم الولد[5].

لهما: أنها فعلت عين ما يفعله القاضي لو رُفع الأمر إليه، فيستوي فيه القضاء وعدم القضاء[6]، كالرجوع في الهبة لما كان فسخا بقضاء القاضي[7] لو حصل بتراضيهما يكون

---

(١) سقط قوله: "عن الجناية، وكان للساكت من ورثة الأجنبي أن يتبع ورثة المولى" في (ج) و (د)، وجاء فيهما: "يتبع وارث الأجنبي ورثة المولى".

(٢) «فتح القدير» ١٠/ ٣٩١.

(٣) "القيمة" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) لم تثبت هذه الفقرة كلها في (ج) و (د)، وإنما ثبتت في الأصل وفي (ا) و (ب)، وجاء في (ج) و (د) مكان هذه الفقرة: "وإن دفعت بغير قضاء عندهما كذلك".

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٧٠.

(٦) في الأصل: "وغير القضاء"، وفي (ج) و (د): "وعدمه"، والمثبت من (ا) و (ب)، وهو أولى.

(٧) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

فسخا.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن موجب الجناية في الذمة، فإذا أدّت فقد نقلت من الذمة إلى العين، فيظهر أثر الانتقال في حق الكل إن كان بقضاء القاضي[1] لمكان الولاية، ولا يظهر إذا كان بغير القضاء، فكان له الخيار، إن شاء رضي بدفعها، ويتبع ورثة المولى، وإن شاء لم يرض، فيرجع عليها بحقه، وهو ثلث القيمة عند أبي حنيفة، ثم هي ترجع بذلك[2] على ورثة المولى.

هذا إذا دفعت القيمة إلى ورثة المولى، ثم عفا وليّ الأجنبي، فإن عفا أحد وليّ الأجنبي، ثم دفعت القيمة، قال بعضهم: إن كان الدفع بغير قضاء يتخير وارث الأجنبي عند الكل[3]، وإن كان بقضاء القاضي[4] عند أبي حنيفة يتخير، وعندهما لا يتخير[5].

والصحيح أنه يتخيّر ههنا[6] عند الكل، سواء كان [الدفع][7] بقضاء أو بغير قضاء[8]، لأن قضاء القاضي بدفع الكل إلى ورثة المولى بعد تعلق حق الأجنبي وثبوته لا

(١) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "وترجع هي على".

(٣) في (ج) و (د): "عندهم".

(٤) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

(٥) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٧٠.

(٦) في (ج) و (د): "أن هنا يتخير".

(٧) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٨) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٧٠.

يضح.

بخلاف الوصيّ إذا قضى دين أحد الغريمين بأمر القاضي حيث لا يضمن، لأن للقاضي أن يضعَ مال الميت حيث شاء، أما هنا بخلافه، وإذا لم يصح قضاء القاضي هنا، لأن لا يصح فعلها بغير قضاء، كان[1] أولى.

وأما فصل المدبر والمدبرة: فالجواب فيها كالجواب في أم الولد[2] إلا في خصلة، وهي أن المدبر يسعى في قيمته كاملة لورثة المولى سوى موجب الجناية ردًّا للعتق، بخلاف أم الولد، لأن المدبر يعتق بطريق الوصية، ولهذا يعتق من الثلث، فإذا قتل مولاه بطلت وصيته لأجل القتل[3]، فيجب عليه ردّ العتق، والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض، فيجب ردّ القيمة، أما أم الولد لا تعتق بطريق الوصية، ولهذا تعتق من جميع المال، لأن الاستيلاد من الحوائج الأصلية، فلا يجب عليها إلا موجب الجناية.

الفصل الثالث:

ع ٠. قتل مولاه وأجنبيا عمدا، فإنه يقتل بهما؛ لأن قتل كل واحد منهما موجب للقصاص، فإن عفا أحد وليي المولى، واحد وليي الأجنبي، إن عفوًا معا بطل دم المولى[4]، ولا ينقلب نصيب الساكت مالا في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعند

(١) "كان" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «فتح القدير» ١٠/ ٣٩٢.

(٣) وجاء في (ج) و (د): "وبالقتل تبطل الوصية".

(٤) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٢.

أبي يوسف ينقلب نصيب الساكت مالا[1].

أصل المسألة: عبد قتل مولاه عمدا، وله وليّان، فعفا أحدهما، عند أبي حنيفة ومحمد بطل الدم أصلا، ويكون عفوُ أحدهما كعفوهما، وعند أبي يوسف ينقلب نصيب الساكت مالا، نصفه في نصيب نفسه، فبطل، ونصفه في نصيب شريكه فثبت، فيقال للعافي: ادفع نصف نصيبك، وهو الربع إلى شريكك، أو أفده بربع الدية[2].

وذكر أبو سليمان[3] رحمه الله أن محمدا كان يقول بقول أبي يوسف، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة[4].

لأبي يوسف: أن العبد بموت المولى صار ميراثا بين الاثنين، لأن وجوب القصاص لا يمنع الإرث، فإذا عفا أحدهما سقط نصيبه، وانقلب نصيب الآخر مالا، نصفه في

---

(١) في (ج) و (د): "ينقلب نصيبه مالا".

(٢) انظر «فتح القدير» ١٠/ ٣٧٩، و«المبسوط» للسرخسي ٢٧/ ٧٤، والفتاوى الهندية ٦/ ٦٢.

(٣) هو موسى بن سليمان، أبو سليمان، الجوزجاني، وأخذ الفقه عن محمد بن الحسن، وكتب عنه مسائل الأصول والأمالي، وكان رفيقا للمعلّى بن منصور في أخذ الفقه ورواية الكتب، ولم يصنف كتابا، وإنما روى كتب الإمام محمد، وما نسب إليه فهو من كتب الإمام، والنسبة بسبب الرواية دون التأليف، و«كتاب الأصل» رواه عن الإمام محمد تلاميذه، ولم تبق رواية أحد منهم، إلا رواية أبي حفص الكبير وأبي سليمان الجوزجاني، كما أحال إليه الإمام قاضي خان .
ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١٧١٤، «الطبقات السنية» برقم ٢٥٦٤، «الفوائد البهية» ص٢١٦، كتائب أعلام الأخيار برقم ٩٩، تاج التراجم ٧٤.

(٤) قال ابن الهمام في الفتح: وذكر في بعض نسخ «الجامع الصغير» قول محمد مع أبي حنيفة، والأشهر أنه مع أبي يوسف رحمه الله. انظر «فتح القدير» ١٠/ ٣٨٠.

نصيبه فسقط، ونصفه في نصيب شريكه فثبت، فخيّر الشريك بين أن يدفع نصف نصيبه حتى يصير له ثلاثة أرباع العبد، أو يفديه بربع الدية[1]، كمن أوصى بعبده لرجل، ثم إن هذا العبد قتل مولاه عمدا، وله وليان، فعفا أحدهما، ينقلب نصيب الآخر مالا، ويثبت ذلك في نصيب الموصى له عندهم، كذلك هنا.

ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت، والمال الواجب بعد عفوِ أحد الشريكين يكون حقا للميت[2]، لأنه بدل نفسه حتى تقضى منه ديونه، وإن كان حقيقة الملك للوارث، فملك الوارث عين ذلك الملك حتى يردّ بالعيب، ويردّ عليه، فلو أوجبنا المال بعد عفو أحدهما كان المال واجبا للميت على مملوكه من وجه، وذلك باطل، فلهذا كان عفو أحد الإثنين[3] كعفوهما.

بخلاف المدبر وأم الولد؛ لأنهما يعتقان بموته[4]، فلا يكون ذلك إيجاب المال على مملوكه، وبخلاف مسألة[5] الوصية؛ لأن ملك الموصى له ملك جديد ثبت بسبب جديد، ولهذا لا يردّ بالعيب، ولا يردّ عليه بخلاف الوارث.

إذا ثبت هذا جئنا إلى مسألة الكتاب:

---

(١) انظر «المبسوط» ٢٧/ ٧٤.

(٢) كذا في الأصل، والعبارة في (ج) و (د): "بعفوِ أحدهما حق الميت".

(٣) في (ج) و (د): "عفو أحدهما".

(٤) «المبسوط» ٢٧/ ٧٥.

(٥) "مسألة" ساقط من (ج) و (د).

عند أبي حنيفة ومحمد لما كان عفو أحدهما كعفوهما، بطل دم المولى أصلا[1]، بقي حق الساكت من وليّ الأجنبي في نصف الجناية، وقد كان حقه عند العفو بحكم المزاحمة في ربع القصاص، ونصف الدية، وبأن سقط حق البعض بحكم العفو بعد ما كان ثابتا لا يزداد حق من بقي، فيقال لورثة المولى: ادفعا إليه ربع دية العبد[2]، أو افدياه بنصف الدية.

وأما عند أبي يوسف: لا يبطل دم المولى بعفو أحدهما، بل ينقلب نصيب الساكت مالا[3]، ونصيب الساكت عند العفو كان في الربع الشائع، والعبد مملوك لهما، فإذا انقلب ذلك مالا، فنصف هذا الربع، وهو الثمن وقع في ملك نفسه فسقط، ونصف الربع وهو الثمن وقع[4] في ملك شريكه فثبت، فيصير العبد على ثمانية، فيخاطبان [بدفع][5] ربع العبد إلى وليّ الأجنبي، بقي لهما ستة، لكل واحد منهما[6] ثلاثة أثمان العبد، ثم يقال للعافي من وليّ المولى: ادفع من نصيبك إلى أخيك ثمن العبد، أو افده بربع الدية، فإن دفع ثمن العبد[7] يصير للساكت من وليّ المولى نصف العبد، ولأخيه العافي ربع

(١) انظر «المبسوط» ٢٧/ ٧٤.

(٢) في (ج) و (د): "ربع العبد".

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢١.

(٤) قوله: "في ملك نفسه فسقط، ونصف الربع وهو الثمن وقع" ساقط من (ج) و (د).

(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٦) "منهما" ساقط من (ج) و (د).

(٧) في (ج) و (د): "ثمنه".

العبد[1]، ولوليّ الأجنبي ربع العبد[2].

وإن عفا أحد وليّ المولى، وأحد وليّ الأجنبي على التعاقب، على قول[3] أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله بطل دم المولى[4]، ويقال لورثة المولى ادفعا نصف العبد إلى وليّ الأجنبي، أو افدياه بنصف الدية أيهما سَبَق[5] بالعفو.

أما إذا عفا أحد وليّ المولى [أوّلا][6]؛ فلأن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله عفوُ أحدهما كعفوهما، فإذا بطل دم المولى بقي حق [وليّ][7] الأجنبي في كل القصاص، فإذا عفا أحد وليّ الأجنبي انقلب نصيب صاحبه، وهو نصف القصاص مالا، فيقال لورثة المولى: ادفعا إليه نصف العبد، أو افدياه بنصف الدية.

وأما إذا عفا أحد وليّ الأجنبي أوّلا استحق صاحبه أيضا نصف العبد، لأن حق ورثة المولى باقٍ في القصاص، ولا مزاحمة بين المال والقصاص، فإذا امتاز حق المولى عن حق الأجنبي كان حق الساكت من وليّ الأجنبي في نصف العبد، كما لو قتل مولاه عمدا وأجنبيا خطأ، وللأجنبي ابنان، كان حق كل واحد من الابنين في نصف الدية، بخلاف ما

---

(١) في (ج) و (د): "وللعافي ربعه".

(٢) "العبد" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "عند أبي حنيفة".

(٤) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢١.

(٥) في (ج) و (د): "أسبق، وما ثبت أصح.

(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٧) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

إذا عفوا معا، لأن ثمّة وجب المال لهما حال قيام المزاحمة، فكان حق غير العافي من وليّ الأجنبي في الربع، أما هنا بخلافه، فيقال لورثة المولى: ادفعا نصف العبد إلى وليّ الأجنبي، أو أفدياه بنصف الدية، فإذا عفا أحد وليّ المولى بطل دم المولى، ويبقى حق وليّ الأجنبي في نصف العبد[1] كما كان.

وأما عند أبي يوسف رحمه الله: إذا عفا أحد[2] وليّ المولى، أو أحد وليّ الأجنبي على التعاقب، يقال للساكت من وليّ المولى: ادفع نصف نصيبك، وهو ربع العبد[3] إلى وليّ الأجنبي، أو افده بربع الدية، يقال للعافي: ادفع ثلاثة أثمان العبد إلى وليّ الأجنبي وإلى أخيك، أو أفد ذلك بنصف الدية بينهما نصفين، فإذا دفع ثلاثة أثمان العبد كان ذلك بين وليّ المولى ووليّ الأجنبي نصفين، لكل واحد منهما[4] ثمن ونصف، أيهما بدأ بالعفو فهما سواء.

لانه ان كان عتقا أحد المولى اولا[5]، وفي يد كل واحد منهما نصف العبد انقلب نصيب صاحبه مالا، وهو نصف القصاص، نصفه في ملكه فسقط، ونصفه في نصيب صاحبه فثبت، وصار له في نصيب شريكه ربع العبد.

فإذا عفا أحد وليّ الأجنبي بعد ذلك[6] وجب للساكت منهما نصف العبد شائعا

---

(١) في (ج) و (د): "في النصف".

(٢) "أحد" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): " اربع".

(٤) "منهما" ساقط من (ج) و (د).

(٥) في (ج) و (د): "اما إذا ابدا أحد ولي المولى".

(٦) في (ج) و (د): "بعده".

ربع العبد في نصيب الابن الساكت لا يزاحمه في ذلك أحد، وربع في نصيب الابن العافي، إلا أن نصيب الابن العافي في نصفه مشغول بحق أخيه، وهو ربع العبد، ونصفه فارغ عن حق الغير، فنصف الربع، وهو ثمن العبد[1] وقع للأجنبي في الربع الفارغ، وثمن العبد وقع للأجنبي في الربع المشغول، اجتمع في الربع المشغول حق الأجنبي، وحق شريك العافي وحق الاجني في الثمن وحق شريك العافي في اربع فيأخذ شريك العافي[2] من الربع المشغول ثمنا بلا منازعة، واستوت منازعتهما في الثمن الآخر، فيكون بينهما، فصار العبد ستة عشر.

فلهذا يأخذان من غير العافي ثلاثة أثمان العبد، وهو ستة، كل واحد منهما ثلاثة، فوليّ الأجنبي أخذ من الساكت من وليّ المولى ربع العبد، وهو أربعة، ومن العافي ثمنا ونصف ثمن، وذلك ثلاثة، فصار له سبعة اسهم[3].

وقد كان للساكت من وليّ المولى بحكم الميراث نصف العبد، وهو ثمانية، دفع إلى وليّ الأجنبي أربعة، وأخذ من أخيه ثلاثة، فصار له سبعة أسهم، وبقى للابن العافي سهمان.

وإن عفا أحد وليّ الأجنبي أوّلا كان الجواب[4] فكذلك، لأنه لما عفا أحد وليّ الأجنبي انقلب نصيب الساكت مالا، وهو النصف لفراغ المحل عن المال، فإذا عفا أحد وليّ المولى بعد ذلك انقلب نصيب صاحبه مالا، وهو النصف، نصفه صادف ملك نصيبه،

---

(١) في (ج) و (د): "الثمن".

(٢) قوله: "العافي" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "أسهم" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "كان الجواب" ساقط من (ج) و (د).

فسقط، ونصفه وهو الربع صادف ملك أخيه فثبت، إلا أن نصيب أخيه نصفه كان مشغولا بحق الأجنبي، فالثمن الذي وقع فيما كان فارغا يسلم له، وثُمن وقعَ في الربع المشغول بحق الأجنبي، وحق الأجنبي في الربع، وحق غير العافي في الثمن، فيأخذ الأجنبي ثمنا[1] بلا منازعة، واستوت منازعتهما في الثمن الآخر، فيكون بينهما، فصار هذا والوجه الأول سواء.

وإن عفا أحد وليّ الأجنبي أوّلا، ودفعا نصف العبد إليه، ثم عفا أحد وليّ المولى، في قياس قول أبي حنيفة ومحمد: يقال لوليّ الأجنبي: ادفع نصف نصيبك، وهو ربع العبد إلى الساكت من وليّ المولى، أو افده بربع الدية، لأنه لما عفا أحد وليّ الأجنبي أوّلا، وأخذ الآخر نصف العبد صار نصف العبد ملكا للأجنبي بسبب جديد، وانقطع ملك الميت، بقي نصيب العبد على ملك الميت.

فإذا عفا أحد وليّ المولى انقلب نصيب صاحبه مالا، وهو النصف، نصفه في النصف المدفوع بالجناية إلى الأجنبي فثبت، ونصفه في النصف الذي بقي على ملك الميت، وعفوُ أحدهما فيما بقي على ملك الميت كعفوهما، فبطل ذلك، فلهذا يقال للأجنبي: ادفع إليه ربعَ العبد، أو افده بربع الدية، فإذا دفع يصير للأجنبي ربع العبد، وللعافي من وليّ المولى ربع العبد[2]، ولأخيه نصف العبد[3].

وعند أبي يوسف رحمه الله: إذا عفا أحد وليّ الأجنبي أوّلا، ودفعا إليه نصف العبد، ثم عفا أحد وليّ المولى انقلب نصيب صاحبه مالا، نصفه في النصف المدفوع إلى

---

(١) في (ج) و (د): "ثمن".

(٢) في (ج) و (د): "ربعه".

(٣) في (ج) و (د): "نصفه".

الأجنبي، فيخاطب الأجنبي بما قالا، ونصفه وهو الربع في النصف الذي بقي على ملك الوارث، نصف الربع في ملك نفسه فسقط، ونصفه في نصيب شريكه فثبت، فيقال لشريكه: ادفع إليه ثمن العبد أو افده بثمن الدية.

وإن عفا أحد وليّ المولى أوّلا، فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله عفو أحدهما كعفوهما، فإذا عفا أحد وليّ الأجنبي بعد ذلك، يقال لورثة المولى: ادفعا إليه نصف العبد، أو افدياه بنصف الدية.

وعند أبي يوسف إذا عفا أحد وليّ المولى انقلب نصيب صاحبه مالا، نصفه في نصيب نفسه فسقط، ونصفه في نصيب شريكه فثبت، فيقال لشريكه: ادفع إليه ربع العبد، أو افده بربع الدية، فإن دفع ربع العبد، ثم عفا أحد وليّ الأجنبي بعد ذلك[1] انقلب نصيب صاحبه مالا، وهو النصف، فيقال لورثة المولى: ادفعا إليه نصف العبد، أو افدياه بنصف الدية، وما فعلا يكون عليهما أرباعا على قدر ملكهما.

وروى بشر بن الوليد[2] عن أبي يوسف رحمه الله: رجل قتل رجلا عمدا، ورجلا خطأ، ولكل واحد منهما وليان، فعفا أحد وليّ كل واحد منهما، واختار مولى العبد الدفع، فإنه يدفع ثلثي العبد إلى الباقين في قياس قول أبي حنيفة[3] رحمه الله، لأنه لما عفا أحد وليّ العمد صار القتل في حق الساكت موجبا للمال، وصار كالخطأ، فيصير العبد بين وليّ العمد ووليّي الخطأ أثلاثا عنده، لأن حق وليّ الخطأ في الكل، وحق الباقي من ولي العمد في النصف، فيكون بينهما أثلاثا، فإذا عفا أحد وليّ الخطأ سقط نصيبه، وهو

(١) "بعد ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٢) هو بشر بن الوليد الكندي القاضي، تقدم ترجمته في ص ١٢٦.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٢.

الثلث، بقي حق الباقين في الثلثين، لكل واحد منهما الثلث.

وعند أبي يوسف رحمه الله: إن عفوا معا، أو عفا وليّ الخطأ أوّلا دفع المولى ثلاثة أرباع العبد إلى الباقيين، لأن حق الباقي من وليّ الخطأ في النصف، فإذا عفا أحد وليّ الاجنبي عن القصاص انقلب نصيب صاحبه مالا[1]، وهو النصف، نصفه في النصف المشغول بحق وليّ الخطأ، ونصفه في النصف الفارغ، فما أصاب المشغول لا يزيده شغلا، وما أصاب الفارغ يكون له، فتكون الجملة ثلاثة أرباع العبد بينهما، لكل واحد منهما ثلاثة أثمان العبد[2].

وإن عفا أحد[3] وليّ العمد أوّلا، ثم عفا أحد[4] وليّ الخطأ، فإنه يدفع إلى الباقي من وليّ العمد ربعه، وإلى الباقي من وليّ الخطأ ثلاثة أثمانه، لأنه لما عفا أحد وليّ العمد أوّلا صار حق الباقي منهما في نصف العبد، وحق وليّ الخطأ في الكل، فالنصف سالم لوليّ الخطأ بلا منازعة، والنصف الآخر يقسم بين وليّ الخطأ وبين الباقي من وليّ العمد نصفين لاستواء المنازعة، فصار لوليّ الخطأ ثلاثة الأرباع، ولوليّ العمد الربع، فإذا عفا أحد وليّ الخطأ سقط حقه، بقي حق الآخر في ثلاثة الأثمان

. والله اعلم.[5]

---

(١) في (ج) و (د): "العمد انقلب نصيب صاحبه مالا".

(٢) "العبد" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "أحد" زيادة من (ج) و (د).

(٤) "أحد" زيادة من (ج) و (د).

(٥) "والله اعلم" ساقط من (ج) و (د).

باب من الجناية بعد الجناية في الأصابع وغيرها ما يجب فيه القصاص وما لا يجب

مسائل هذا الباب من جنس ما تقدم، وأصولها ما ذكرنا، والذي يختصّ بهذا الباب: أن القاضي مأمور بإيصال الحقوق إلى أربابها بقدر الممكن. ممنوع عن التعطيل.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل عمدا، وقطع المفصل الوسطى من ذلك الإصبع من الآخر عمدا، وقطع المفصل الثالث من تلك الإصبع عمدا من آخر، فاجتمعوا إلى القاضي، فإن القاضي يبدأ بصاحب المفصل الأعلى[1]، ويقضى له بالقصاص، يقطع مفصله به لوجود سبب القصاص، وشرطه وهو التساوى في الطرف.

فإن قطع الأول مفصله يخير صاحب المفصل الوسطى بين القصاص والأرش، لأنه قدر على استيفاء حقه ناقصا فيخير[2]، كما لو كانت يد القاطع شلا يخير، إن شاء قطع، ولا شيء له، وإن شاء أخذ الأرش[3]، كذلك هنا.

فإن قيل: وجب أن لا يخير بين أخذ الأرش والقطع[4]؛ لأن إصبع القاطع كانت

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٣.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٣.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٢ و«فتح القدير» ١٠/ ٢٦٠٠.

(٤) "بين أخذ الارش والقطع" ساقط من (ج) و (د).

صحيحة حال وجوب القصاص وانما انقص بعد ذلك فلايخير، كما لو كانت يد القاطع صحية[1] فشلّت بعد ذلك، فإنه لا يخيّر بل يستوفي القصاص ناقصا.

قلنا: قد قال بعض أصحابنا: إنه يخير ثمّة كما يخير هنا، فإن قطع المفصل الوسطى يصير مستوفيا حقه، ولا يرجع بشيء على القاطع.

ولا يقال: بأن القاطع قضى بالمفصل الأعلى حقا مستحقا عليه، فيصير ذلك مضمونا عليه، لأنه سالم له معنى، فينبغي أن يضمن أرشه.

لأنا نقول: محل حقه قائم، لأن الجاني وضع السكين في المفصل الوسطى، فكان محل وضع[2] السكين في حق الثاني المفصل الوسطى، وإنما فات المفصل الأعلى منه تبعا فاستحقه تبعا، وفوات التبع والوصف يوجب الجناية، ولا يوجب الضمان كيلا يصير مقصودا، كمن قطع يد إنسان عمدا، وقطع آخر، فقطعت يده قصاصا باليد[3]، لا يضمن أرش اليد لوليّ القتيل، كذلك هنا.

ثم يخيّر صاحب الإصبع، إن شاء استوفى ما بقي من الإصبع، وهو المفصل الثالث بجميع حقه، وإن شاء أخذ الأرش[4] لما قلنا في حق الثاني، وإنما بدأ القاضي بصاحب المفصل الأعلى، لأن حقه في المفصل الأعلى مقصود، وحق غيره تبَع، فلا يزاحمه، لأنه لو بدأ بالثاني أو الثالث، يفوت كل حق الأول، ولو بدأ بالأول لا يبطل حق غيره أصلا بل ينتقص، فكان هذا أولى.

---

(١) "صحية" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "قطع بدل وضع".

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٢.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٣.

هذا إذا اجتمعوا عند القاضي، وإن حضر صاحب الإصبع، وطلب القصاص، وغاب الآخران، فإنه يقضى له بقطع الإصبع[1]، لأن حقه قد ثبت، وحق غيره موهوم، فلا يؤخر حقه، كالدار إذا بيعت، ولها شفعاء، وحضر أحدُهم فإنه يقضى له بالشفعة، وليس هذا كالرجل إذا مات وعليه ديون، وحضر أحدهم، فإن القاضي يمسك نصيب الغائبين، لأن المال يحتمل القسمة، والقصاص لا.

فإن قطع الإصبع، كان على القاطع لصاحب المفصل الأعلى أرش المفصل الأعلى[2]، وهو ثلث دية الإصبع، ولصاحب المفصلين ثلثا دية الإصبع، إن كان للإصبع مفاصل ثلاثة، لأنه قضى بحقهما حقا مستحقا عليه، لأن ما وقع به القضاء، وهو المفصل الأعلى، وللثاني كان مقصودا في حق الأول والثاني، وإن كان وصفا في حق صاحب الإصبع، بخلاف الفصل الأول؛ لأن ثمة ما وقع به القضاء، وهو المفصل الأعلى كان تبعا في حق الثاني والثالث، فلا يضمن بالأرش لحقهما.

فرّق بين هذا وبين ما لو قتل رجلين عمدا، فقتل بأحدهما قصاصا، فإنه يبطل حق الآخر، ولا تجب له الدية[3]، وإن قضى بنفسه حقا مستحقا عليه؛ لأن ثمة قضاء الحق لا يتمّ إلا بعد الموت، وبعد الموت لا يمكن إيجاب الضمان ابتداء، أما بعد القطع هو محل لوجوب الأرش، فيجب الأرش للثاني والثالث.

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٣.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٣.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤-٥ «فتح القدير» ١٠/ ٢٦٨ والفتاوى الخانية بهامش «الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٣٦.

قال[1]: رجل قطع المفصل الأعلى من السبابة اليمنى من رجل عمدا، وقطع المفصل الوسطى من السبابة اليمنى من رجل آخر عمدا، ولم يكن للثاني المفصل الأعلى بأن كانت ساقطة، وقطع المفصل السفلى من السبابة اليمنى من رجل[2] آخر عمدا، ولم يكن للثالث المفصل الأعلى والوسطى، ثم اجتمعوا إلى القاضي، فإن القاضي يقضي بالقصاص لصاحب المفصل[3] الأعلى؛ لوجود شرطه، وهو التساوي في الأطراف، ولا يقضي بالقصاص للثاني والثالث، بل يقضي لهما بالأرش، لأن إصبع القاطع كانت كاملة عند قطع الثاني والثالث، وإصبعهما كانت ناقصة[4].

ولا يقال: بأن المفصل الأعلى ومنه كان مستحقا وكذا[5]، والمستحق كالفائت، ألا ترى أن من اشترى عبدا كان عليه القصاص في النفس، فلم يعلم، فقتل به عند المشتري، فإن المشتري[6] يرجع بجميع الثمن على البائع[7] عند أبي حنيفة، ويجعل المستحق كالفائت.

لأنا نقول: المستحق فائتٌ معنىً، قائمٌ صورةً، فلا تتحقّق المساواة بينه وبين الفائت صورة ومعنى، والفوات من حيث المعنى يكفي للرجوع بالثمن.

---

(١) "قال" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "رجل" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "المفصل" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «بدائع الصنائع» ٧/ ٢٩٨ «الفتاوى الهندية» ٦/ ٩.

(٥) في (ج) و (د): " والثاني كان مستحقا منه ".

(٦) "المشتري" ساقط من (ج) و (د).

(٧) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٨٦.

ثم أعاد رحمه الله بعض ما ذكرنا في الباب المتقدم:

منها: رجل قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل عمدا، ثم عاد، وقطع المفصل الثاني، ثم عاد، وقطع المفصل الثالث، إن تخلّل البُرء بين الجنايات يجب القصاص في الأول دون الثاني والثالث، وإن لم يتخلل البرَء[1] يقطع إصبعه من المفصل الثالث[2]، لما ذكرنا أنه إذا تخلّل البرء يعتبر كل قطع جناية على حدة، فلا تتحقق المساواة في الثاني والثالث، وإن لم يتخلّل البرء يحمل الثاني منهما للأول، ويعتبر الكل جناية واحدة، كأنه قطع الإصبع بضربة[3] واحدة، فيجب القصاص[4].

ومنها: رجل قطع بعض الإصبع من غير مفصل، ثم قطع ما بقي من المفصل، فلم يتخلل بينهما برء، وجب القصاص في الإصبع، وإن تخلل لا تجب القصاص أصلا[5]، لأن الأول كسر عظم، فلا يجب القصاص، وفي الثاني لم يوجد التساوي، وإن كان الأول من المفصل، والثاني من غير المفصل، إن لم يتخلل البرء لا يجب القصاص، وإن تخلل وجب في الأول دون الثاني[6]، لما مرّ.

---

(١) "البرء" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٤.

(٣) في (ج) و (د): "بدفعة واحدة"، وما ثبت أصح.

(٤) قوله: "فيجب القصاص" ساقط من (ج) و (د).

(٥) سقط قوله: "القصاص أصلا" في (ج) و (د).

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٤.

وكذا لو قطع الحشفة، ثم قطع مابقي[1] الذكر[2]، أو قطع المارن[3] ثم ما بقي من الأنف[4]، أو قطع الأصابع ثم الكفّ خطأً[5]، وقد مرّ هذا فيما تقدم.

وكذا لو أوضَحَه في عشر مواضع، فإن لم يتخلّل البرء بين الجنايات[6] كان على عاقلته خمسة آلاف في ستين، وإن تخلل البرء فعليهم كان على العاقلة[7] خمسة آلاف في سنة واحدة، وقد ذكرنا هذه الجملة فيما تقدم.

---

(١) في (ج) و (د): "باقي".

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٥.

(٣) في (ج) و (د): "المرن"، والمارن: مادون قصَبَة الأنف، وهو ما لانَ منه. راجع «المغرب» ٢/ ٢٦٤.

(٤) «الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٣٥.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٤.

(٦) "بين الجنايات" ساقط من (ج) و (د).

(٧) "كان على العاقلة". ساقط من (ج) و (د).

باب الحائط المائل والإشهاد عليه

بنى الباب على أن إشراع الكَنيف[1] والجناح، ووضع الحجر في الطريق سبب لضمان ما تلف به، ولا يشترط فيه الإشهاد، لأنه شَغل هواء طريق المسلمين، فكان جانيا يضاف إليه التلف، ولهذا يعتبر حاله في حكم الجناية وقت الفعل، لأن نفس الفعل جناية، وصاحب الحائط المائل لا يضمن ما تلف بسقوطه قبل الإشهاد، ويضمن بعده[2].

والقياس: أن لا يضمن[3]؛ لأنه بنى الحائط في ملك نفسه[4]، والميلان والسقوط ليس من صنعه.

وجه الاستحسان: أنه لما مال إلى الطريق الأعظم، أو إلى ملك الغير فقد شغَل هواء الغير، فإذا طولب بالتفريغ، فلم يفرغ مع التمكّن يصير جانيا[5]، ويجعل كأنه اوقعه[6].

---

(١) قوله: "الكنيف" من الكنف، بفتحتين: الجانب والناحية، والكَنيف: هو السترة، والساتر، والحظيرة، والمستراح، والترس، والمرحاض، والجمع: كُنُفٌ مثل نذير ونذر. المغرب للمطرّزي ٢/ ٢٣٤، والمصباح المنير ٢/ ٥٤٢، والقاموس المحيط ١٠٩٩.

(٢) الفتاوى الخانية بهامش «الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٣.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٦.

(٤) وفي (ج) و (د): ملكه" مكان" ملك نفسه".

(٥) «المبسوط» ٢٨/ ١٢

(٦) في (ج) و (د): "أوقع".

وتفسير الإشهاد: أن يتقدم واحد ممّن له حق الطلب من أهل السكّة[1] إن كان مائلا إلى السكة، ومن العامّة إن كان مائلا إلى طريق العامة، وصاحب الملكَ أو الساكن إن كان مائلا إلى ملك الغير، ويقول: إن حائطك مائل أو مخوّف متصدّع[2] فاهدمْه كيلا يقع على شيء[3].

والإشهاد ليس بشرط، إنما الشرط هو الطلب[4] حتى لو طولب بالتفريغ من غير إشهاد، ولم يفرغ مع التمكّن حتى سقط، وأتلف شيئا، وهو مقرّ بالطلب يضمن.

وفائدة الإشهاد: إمكان إثبات الطلب عند الجحود[5].

وشرط صحة الإشهاد: دوام القدرة على التفريغ، والنقض من وقت الإشهاد[6] إلى وقت السقوط؛ أما اعتبار القدرة وقت الاشهاد[7] لأن الفعل إنما يطلب من القادر لا من العاجز، ودوامها إلى وقت السقوط؛ لأنه لو عجز عن التفريغ قبل السقوط لايبقى

---

(١) أي أهل الحيّ، والسِكّة: الزُقاق الواسع والطريق المستوي، والجمع: سِكَكٌ. المغرب للمطرّزي ١/ ٤٠٥، والمصباح المنير ١/ ٢٨٢، والقاموس المحيط ١٢١٧.

(٢) قوله: "متصدّع" أي متشقّق ومتفرق، صدعته صدعاً: شققتُه فانصدع، وصدعت القومَ صدعاً فتصدعوا، فرقّتهم فتفرّقوا. والمصباح المنير ١/ ٣٣٥.

(٣) «الفتاوى الخانية» بهامش «الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٣ والمبسوط ٩ ٢٧/ ٩.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٦-و«ردّ المحتار» على الدر المختار ٥/ ٤٢٤.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٦.

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٧.

(٧) من قوله: "إلى وقت السقوط" إلى "وقت الاشهاد" ساقط من (ج) و (د).

مطالبا بالتفريغ، فسقوطه بعد ذلك[1] بمنزلة سقوطه قبل الإشهاد.

فلهذا يعتبر دوام القدرة من وقت الإشهاد إلى وقت السقوط، ويصير جانيا عند السقوط بترك التفريغ قبل السقوط[2]، كأنه أسقط الحائط، وأوقعه عليه، ويصير ميتدئا بالجناية عند السقوط، ولهذا يعتبر حاله في حكم الجناية وقت السقوط، وفي فصل إشراع الكنيف وقت الفعل.

والإشهاد على الحائط إشهاد على بعضه، لأن المقصود طلب التفريغ عنه، وعن أجزائه[3].

وروى بشر[4] عن أبي يوسف رحمه الله: أن الإشهاد على الحائط لا يكون إشهادا على النُّقُوضِ[5]، ولا يجب عليه ضمان ما عَطِبَ[6] بالنقوض، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لما قلنا.

ولا يصح الإشهاد على الحائط الصحيح؛ لأنه لم يوجد شَغل هواء الغير، ولا خوف

---

(١) في (ج) و (د): "بعده".

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٧.

(٣) «ردّ المحتار» على الدرالمختار ٥/ ٤٢٦

(٤) هو بشر بن الوليد الكندي القاضي، وتقدم ترجمته في ص ١٢٦.

(٥) النقوض: جمع النُّقض: اسم البناء المنقوض إذا هُدِم، ونقل المطرزي عن الغوري: النِّقض: بالكسر لا غير. انظر المغرب ٢/ ٣٢٢، والمصباح المنير ٢/ ٦٢١.

(٦) عَطِبَ عَطَباً من باب سمع: هلك، والعطب: الهلاك. المغرب ٢/ ٦٧، والمصباح المنير ٢/ ٤١٦.

السقوط.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

مكاتب له حائط مائل إلى الطريق الأعظم[1]، فأشهد عليه، ثم سقط، وأتلف إنسانا، أوّلا نقول: بأن الإشهاد فيه يكون على المكاتَب؛ لأن الإشهاد إنما يصح على من له ولا ية التفريغ، وولاية التصرف في اكتساب المكاتب تكون له، فإذا أشهد عليه، فإن سقط قبل التمكن من الهدم كان هدرا[2]؛ لأنه إنما يصير جانيا بترك التفريغ عند التمكن، فإذا لم يتمكّن لا يصير جانيا.

وإن تمكن، ولم يهدم حتى سقط فهو على وجوه ثلاثة: إما إن سقط حال قيام الكتابة، أو بعد ما عتق، أو بعد ما عجز، وردّ في الرق.

ففي الوجه الأول: تجب على المكاتب الأقل من قيمته ومن دية[3] المقتول؛ لأنه صار جانيا بترك التفريغ، وجناية المكاتب توجب الأقل من قيمته؛ ومن أرش المجنى عليه في كسبه، فكذلك ههنا.

وفي الوجه الثاني: وهو ما إذا سقط الحائط بعد ما أدّى فعتق، تجب دية المقتول[4] على عاقلة مولاه[5]، لأنه يصير جانيا وقت السقوط، ووقت السقوط هو حر، فتجب دية

---

(١) في (ج) و (د) حصل تقديم وتأخير في العبارة، وما ثبت أولى.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٨.

(٣) «الفتاوى الهندية»٦/ ٣٨.

(٤) وفي (ج) و (د): "تجب الديه" مكان "تجب دية المقتول".

(٥) وفي (ج) و (د): "على عاقلته".

المقتول[1] على عاقلته، وعاقلته عاقلة مولاه.

وفي الوجه الثالث: وهو ما إذا سقط بعد ما عجز ورد في الرق[2] كان هدرا، لا تجب الضمان على أحد[3] أما لا تجب على المكاتب، لأنه لم يبق له ولاية التفريغ، والهدم بعد ما عجز ورد في الرقّ ولا تجب على الموتى[4]، لأنه لم يوجد الإشهاد عليه[5].

ولو أشرع المكاتب كنيفا، أو جناحا إلى الطريق الأعظم، ثم أدى المكاتبة، وعتق، ثم سقط على إنسان فقتله، كان على المكاتب الأقلّ من الدية ومن قيمته يوم الإشراع، لأنه صار جانيا يوم الإشراع وموجب جنايته وقت الإشراع ما قلنا ولو اشرع كنيفا أو جناحا ثم عجز ورد[6]، [وهو مكاتب يومئذ][7].

ولو عجز، وردّ في الرق، ثم سقط ذلك[8] على إنسان فقتله، يخاطب مولاه[9]

(١) وفي (ج) و (د): "تجب الدية".

(٢) قوله: "وهو ما إذا سقط بعد ما عجز وردّ في الرق" ساقط من (ج) و (د).

(٣) قوله: "لا تجب الضمان على أحد" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د) "بالعجز، وإما لا تجب على المولى".

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٨.

(٦) قوله: "وموجب جنايته إلى ثم عجز" ساقط من (ج) و (د).

(٧) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٨) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٩) في (ج) و (د) "المولى".

بدفع العبد[1] أو الفداء[2]، لأنه جنى يوم الإشراع[3]، وهو عبد، وبعد ما عجز قدر مولاه على الدفع، فيخاطب بموجبه بالدفع أو الفداء كما هو الحكم في جناية الرقيق[4]، وهو ما ذكرنا، وكذا لو حفر بئرا في الطريق، ثم عجز، وردّ في الرق، ثم وقع فيه إنسان، ومات، بخلاف مسألة[5] الحائط، لأن ثمة إنما يصير جانيا بالتفريط، فيشترط فيه الإشهاد، ودوام القدرة إلى وقت السقوط[6] ولم يوجد الاشهاد على المولى بعد العجز ولم يصير العبد جانياً لزوال القدرة عند السقوط[7] لما قلنا.

قال[8] رجل أمه مولاة عتاقة لقوم، وأبوه عبد، أشهد عليه في حائط مائل له[9]، ثم عتق أبوه، وجر ولاء الولد، ثم سقط على إنسان فقتله، تجب الدية على عاقلة مولى الأب[10]، لأنه أنشأ الجناية عند السقوط، وعاقلته وقت السقوط عاقلة مولى الأب.

---

(١) في (ج) و (د) "بالدفع".

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٨.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٨.

(٤) قوله: "بالدفع" إلى "الرقيق" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "مسألة" ساقط من (ج) و (د).

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٨.

(٧) من قوله: "ولم يوجد" إلى "عند السقوط" ساقط من (ج) و (د).

(٨) "قال" ساقط من (ج) و (د).

(٩) "له" ساقط من (ج) و (د).

(١٠) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٨.

ولو أن[1] هذا الرجل أشرع كنيفا أو جناحا ثم عتق أبوه ثم سقط الكنيف على إنسان فقتله[2]، كانت دية المقتول[3] على عاقلة مولى الأم، لأن إشراع الكنيف ونحوه جناية وقت الإشراع، فكان موجب الجناية على عاقلته[4] يوم الإشراع.

وكذا لو أشهد على رجل في حائط مائل له في داره[5]، فباع الدار، وسقط الحائط في يد المشتري، فأتلف إنسانا، كان هدرا[6]، لأن ملك البائع قد زال، ولم يبق له ولاية التفريغ، ولم يوجد الإشهاد على المشتري، فكان هدرا ضرورة.

ولو أشرع كنيفا أو جناحا إلى طريق المسلمين، ثم باع الدار، ثم سقط ذلك في يد المشتري على إنسان كان فأتلفه، كان[7] ضمانه على البائع[8].

وكذا لو ألقى خشبة أو حجرا في طريق المسلمين، ثم باعه، فلم يحوله المشتري، لم يبرأ البائع عن ضمانه بالبيع[9].

---

(١) "أن" زيادة من (ج) و (د).

(٢) من قوله: "ثم عتق أبوه" إلى قوله: "فقتله" ساقط من (ج) و (د)، وفيهما: "والمسألة بحالها".

(٣) في (ج) و (د): "الدية".

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٧-٣٨. و«الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٤.

(٥) قوله: "في داره" ساقط من (ج) و (د).

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٧-٣٨. و«الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٤.

(٧) في (ج) و (د): "فضمان".

(٨) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٧-٣٨. و«الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٤.

(٩) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٨.

إذا[1] أشهد على رجل في حائط مخوّف متصدّع، أو مائل إلى طريق المسلمين[2]، فوقع على إنسان فقتله، ثم عثر رجل بنقض الحائط، فعطب، وعثر رجل بالقتيل فعطب، فضمان القتيل الأول على صاحب الحائط، وكذا ضمان من عثر بنقض الحائط، لما ذكرنا أن الإشهاد على الحائط إشهاذ على النقض، ورفع النقوض[3] عن الطريق يكون إلى صاحب الحائط[4]، لأنه ملكه.

ولو أشهد عليه في النقض فلم يرفع، كان ضامنا، فكذا إذا أشهد على الحائط، والإشهاد عليه إشهاد على النقض[5]، لأنه من أجزائه، وقد صار شاغلا هواء الغير بجميع أجزائه.

ومن عثر بالقتيل فهلك، فدمه هدر، لأن رفع القتيل لا يكون إلى صاحب الحائط بل يكون[6] إلى أوليائه[7]، والإشهاد على الحائط لا يكون إشهادا على القتيل، لأنه ليس من أجزاء الحائط[8]، فيظهر حكم جنايته في حق من عطب بالحائط ونقضه، لا يظهر[9] في

(١) في (ج) و (د): "ولو".

(٢) في (ج) و (د): "الطريق".

(٣) في (ج) و (د): "النقض".

(٤) «الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٧. وشرح «فتح القدير»: ١٠/ ٣٥٠.

(٥) «الهداية مع فتح القدير» ١٠/ ٣٥٠، و«ردّ المحتار على الدر المختار» ٥/ ٤٢٦.

(٦) "يكون" ساقط من (ج) و (د).

(٧) شرح «فتح القدير» ١٠/ ٣٥٠، و«الفتاوى الخانية» ٣/ ٤٦٧.

(٨) في (ج) و (د): "أجزائه".

(٩) "يظهر" ساقط من (ج) و (د).

حق غيره، ومن شرط تحقيق الجناية في الحائط قيام القدرة على التفريغ والإشهاد ليصير جانيا بالترك[(١)]، ولم يوجد.

وعن أبي يوسف رحمه الله: إذا أشرع كنيفا فوقع على إنسان، فقتله، ضمن، وإن عطب إنسان بنقض الكنيف[(٢)] بعد سقوطه لا يضمن، لأن الخشبة انتقلت عن موضع الجناية إلى موضع آخر، فلا يضمن، كمن وضع شيئا في الطريق فزال عن موضعه إلى موضع أخر[(٣)]، لا يجب على الواضع ضمان ما تولّد منه بعد زواله عن موضعه، والصحيح ما ذكرنا، لأن وقوع النقض في هذا الموضع حصل بفعله فيضمن[(٤)].

ولو كان جناحا أخرجه، أو كنيفا فسقط، فأتلف إنسانا، ثم عثر رجل بنقض الجناح[(٥)]، ورجل بالقتيل فعطبا، فدية[(٦)] القتيلين على عاقلة صاحب الجناح، لأن إشراع الكنيف ونحوه بمنزلة مباشرة الجناية[(٧)]، لأنه تَعَدٍّ في نفسه، ولهذا لا يشترط فيه[(٨)] الإشهاد، فيجعل كأنه ألقى القتيل على الطريق، ومن ألقى شيئا في الطريق، كان ضامنا لما

---

(١) «الهداية مع فتح القدير» ١٠/ ٣٤٩.

(٢) "الكنيف" ساقط من (ج) و (د).

(٣) قوله: "إلى موضع آخر" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٧.

(٥) "الجناح" ساقط من (ج) و (د).

(٦) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "فدم القتيلين".

(٧) «الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٧.

(٨) "فيه" ساقط من (ج) و (د).

عطب به[1]، وإن لم يملك تفريغه، أما ضمان الحائط[2] ضمان ترك التفريغ[3]، فلا يتحقق إلا فيما له ولايه التفريغ عند الإشهاد[4] حائط سقط قبل الإشهاد، فأتلف شيئا، لا يضمن، لما ذكرنا.

فإن أشهد عليه في رفع النقض؛ فلم يرفع حتى عثر به إنسان أو دابة، وعطبت كان ضامنا[5].

ولو أشهد عليه في حائط مائل، فوقع هذا الحائط على حائط صحيح لرجل، وهدمه، ووقع المهدوم على رجل، فقتله، فدية القتيل على عاقلة المشهود عليه، لأنه صار جانيا بترك التفريغ، وصار كأنه ألقاه على الحائط الثاني.

وصاحب الحائط المهدوم بالخيار، إن شاء ضمّنه قيمة الحائط، والنقض للضامن[6]، وإن شاء أخذ النقض، وضمّنه النقصان، لأن الحائط المهدوم هالك من وجه قائم من وجه، فإن شاء مالَ إلى جانب الهلاك، وضمّنه كل القيمة، وإن شاء مالَ إلى جانب القيام، وضمنه النقصان[7]، كما لو ذبح الشاة المغصوبة وغير ذلك، وذكر في الكتاب: وإن شاء

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٢.

(٢) في (ج) و (د): "ضمان الجناية". وما ثبت أصح.

(٣) «الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٧.

(٤) في (ج) و (د): "وقت الإشهاد".

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٠، و«الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٧.

(٦) قوله: "وصاحب الحائط المهدوم بالخيار، إن شاء ضمّنه قيمة الحائط، والنقض للضامن" ساقط من (ج) و (د).

(٧) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩.

أخذ النقض، وليس له شيء غير ذلك، يعني لا يجبره على البناء[١].

ومنهم من قال: إذا أخذ النقض لا يضمنه النقصان؛ لأنه خُيِّر بين شيئين، فإذا اختار أخذ النقض صار مبرئا عن الضمان.

فإن لم يختر شيئا حتى عطب إنسان بنقض الحائط الثاني فهو هدر[٢]؛ لأنه لم يوجد الإشهاد على الثاني، وصاحب الحائط الأول لايملك رفع نقض الثاني فكان هدرا ضرورة، حتى لو كان الحائط الثاني ملك صاحب الأول فضمان من هلك بالثاني[٣].

ومن عثر بنقضه، وهلك يكون على عاقلة المشهود عليه[٤]؛ لأنه يملك رفعه عن الطريق، فكما يصير جانيا بترك نقض الحائط الأول بعد الإشهاد يصير جانيا بترك نقض الحائط الثاني، لأنه ترك بعض ما يؤدي إلى التلف بعد التمكّن[٥] من النقض، فيضمن.

وإن اختار صاحب الحائط المهدوم تضمين الأول، وترك النقوض عليه، فعطب إنسان بنقض الحائط الثاني كان هدرا أيضا[٦]، لأنه لا وجه لوجوب الضمان على الثاني؛ لأنه لم يوجد الإشهاد عليه، ولا وجه لإيجاب الضمان على الأول، وإن ملك النقوض بالضمان؛ لأنه ملك النقض بسبب حادث بعد الإشهاد، فلا يظهر فيه أثر الإشهاد، فلا

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩، و«الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٧.

(٥) في (ج) و (د): "ما تمكن".

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩.

يضمن إلا أن يشهد عليه في رفع ذلك إشهادا مستأنفا.

ولو أشهد عليه في حائط مائل له لا يخاف أن يقع على الطريق، لكن يخاف أن يقع على حائط صحيح له، فيقع ذلك الحائط على الطريق، فلم يقع المائل لكن وقع الصحيح بنفسه على رجل فقتله، أو وقع على الطريق فعثر إنسان بنقضه، فعطب كان هدرا[1]، لأنه لم يوجد الإشهاد على الصحيح لخوف سقوطه بنفسه، وإنما وجد الإشهاد عليه تبعا لخوف سقوط الأول عليه، فإذا سقط بنفسه صار كأنه سقط من غير إشهاد حتى لو سقط بسقوط الحائط الأول عليه، كان ضامنا لحصول التلف من الوجه الذي أشهد عليه.

وكذلك حائطان مائلان إلى الطريق لرجلين[2]، فأشهد عليهما، ثم وقع أحدهما على الآخر، وطرحه على رجل فقتله، كان ذلك على عاقلة الأول خاصة؛ لأن الإشهاد على الحائط المدفوع إنما كان احترازا عن وقوعه بنفسه، ولم يوجد، فصار الأول دافعا للثاني فيضمن الأول.

ومن عثر بالمدفوع بعد قراره على الأرض فهلك، كان هدرا[3]؛ لأن صاحب الدافع لا يملك رفع المدفوع، ولم يوجد الإشهاد على صاحب المدفوع من هذا الوجه، فكان هدرا ضرورة، ويجعل وقوع الأول على الثاني كمباشرة طرأت على التسبيب، فيبطل حكم الإشهاد.

ولو أشرع كنيفا أو جناحا إلى الطريق الأعظم، فوقع على حائط رجل قد أشهد

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩- ٤٠.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩- ٤٠.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩- ٤٠.

عليه، وطرح الحائط على إنسان فقتله، وعثر بالمطروح إنسان فعطب، يضمن صاحبه جميع ذلك[1]؛ لما ذكرنا أن إشراع الكنيف والجناح مباشرة الجناية[2]، كأنه ألقاه بيده على الحائط، وشغل الطريق بنفسه، فيضمن جميع ذلك، وإن[3] كان لا يملك رفعه[4].

عبد لرجل نام، أو جلس في الطريق، فأعتقه مولاه، ثم عثر به إنسان، وعطب، كان ديته على عاقلة المولى[5]، لأن النوم والقعود فعل يستدام، ولهذا يصح توقيته، والدوام على ما يستدام بمنزلة الإنشاء، فإذا مكث من غير مانع صار كأنه جلس بعد العتق، ولو جلس بعد العتق فعطب به إنسان كانت الدية على عاقلته، وعاقلته عاقلة مولاه، كذلك هنا.

ولو كان العبد يمشي في الطريق، فعثر وانكسر رجله أو اندقت عنقه وصار لا يقدر على أن ينزح عن مكان ثم أعتقه مولاه ثم عثر[6] به إنسان، فعطب كان على المولى قيمته لورثة القتيل، لأن مشيه في الطريق كان مباحا بشرط السلامة، ولهذا لو وطئ شيئا من ملك الغير ضمن. فإذا عثر، وسقط صار جانيا بشغله طريق المسلمين بأصل الفعل لا بالدوام عليه لسقوط اختياره، وإذا لم يصر جانيا بعد العتق، وجنايته قبل العتق توجب الدفع أو الفداء، فإذا أعتقه، تعذّر عليه الدفع على وجه لم يصر مختارًا للفداء لعدم الجناية

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩- ٤٠.

(٢) «الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٧.

(٣) ما أثبتناه في (ج) و (د)، وفي الأصل: "فإن كان ولا معنى له".

(٤) «الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٧.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٣.

(٦) قوله: "وانكسر رجله إلى ثم عثر" ساقط من (ج) و (د).

يوم الإعتاق[1]، فكان عليه قيمته.

كما لو وضع حجرا في الطريق، أو حفر بئرا في الطريق، ثم أعتقه مولاه، ثم عطب إنسان بالحجر، كان على المولى قيمته[2] لما قلنا، كذلك هنا.

ولو أوقف العبد دابةً في الطريق، ثم أعتقه مولاه، فلم يحوّل الدابة حتى عطب بها إنسان، كان على المولى قيمته[3]، لأنه صار جانيا بإيقاف الدابة في الطريق، وبعد العتق لم يبق له ولاية تحويل دابة المولى بغير أمره، فلا يصير جانيا بعد العتق، وجنايته قبل العتق توجب الدفع أو الفداء، فإذا أعتقه على وجه لم يصر مختارا للفداء كان عليه قيمته، كما في المسألة المتقدمة.

ولو أن رجلا قَمَطَ[4] عبدا لغيره، وألقاه في الطريق، فأعتقه مولاه، ثم عثر به رجل، ومات، كانت الدية على عاقلة القامط والرامي[5]، لأن إلقاء العبد في الطريق على الوجه الذي لا يقدر على البراح، وإلقاء الحجر سواء.

ولو أجلسه في الطريق من غير قِمَاط[6]، ثم أعتقه مولاه، فلم يتحوّل عن ذلك

---

(١) في الأصل "الارتعان" وما أثبتناه من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٧.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٣.

(٤) قَمَطَ الصغيرَ بالقِماط قَمطا: إذا شدّ يديه ورجليه بحبل، وأصل القمط: الشدّ، يقال: قمَط الأسيرَ أو غيره: جمع يديه ورجليه بحبل. «المصباح المنير» ٢/ ٥١٦، «المغرب» ٢/ ١٩٥.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٣.

(٦) القِماط: خرقة عريضة يُشدّ بها الصغير أو الأسير، وجمعه: قُمُط، وفي «المغرب»: "القماط"

المكان حتى عثر به إنسان، ومات، كانت الدية على عاقلة المولى[1]، لأن دوامه بعد العتق مع القدرة على البراح بمنزلة ابتداء الجناية، فينفسخ به حكم جناية الأجنبي، وجنايته بعد العتق توجب الدية على عاقلته، وعاقلته عاقلة مولاه.

سِفل لرجل، وعلوه لآخر، وهما مائلان، فأشهد عليهما، فسقط السفل، ورمى بالعلو على إنسان فقتله، فدية القتيل تكون على عاقلة صاحب السفل[2]، ويضمن صاحب السفل قيمة العلو، لأن العلو مدفوع، فما تلف به يكون مضافا إلى الدافع.

فإن عثر إنسان بنقض العلو، كان هدرا[3]، لما قلنا في الحائطين، ومن عثر بنقض السفل فديته على عاقلة صاحب السفل[4] لما قلنا.

حائط مائل أشهد على صاحبه، فوضع صاحبه أو غيره عليه جَرّة[5] فسقط الحائط، ورمى بالجرة، فأصابت إنسانا فقتلته، كان ذلك على عاقلة صاحب الحائط[6]، لأن الجرّة مدفوعة، فما تلف بها يضاف إلى صاحب الحائط.

هو الحبل الذي تُشدّ به قوائم الفرس، والخرقة التي تلفّ على الصبي إذا شدّ في المهد. انظر «المصباح المنير» ٢/ ٥١٦، «المغرب» ٢/ ١٩٥.

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٣.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٠.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٠.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٠.

(٥) «الجَرّة» بالفتح: إناء معروف، والجمع: جِرار، وقيل: هو كل شيء يصنع من مدَر. انظر «المصباح المنير» ١/ ٩٦، «المغرب» ١/ ١٣٨.

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩.

ولو عثر بالجرة إنسان، وهلك كان هدرا، ولو كانت الجرة ملكا لصاحب الحائط كان عليه ضمان من عثر بها[1].

وعن أبي يوسف: إذا وضع جرةً على حائطه، فسقط على رجل، وأتلفه لا يضمن، لأن الجرة انتقلت عن موضعها، وهو في الوضع لم يكن متعديا، فلا يضاف ما تلف بها إلى أحد[2].

وعنه أيضا: لو مرّ رجل في ملكه، أو ملك غيره، وهو يحمل نارا، فوقعت شرارة من ناره على ثوب إنسان فأحترق، كان ضامنا[3]، لأنه لم يتخلّل بين حمل النار وبين سقوطه واسطة، فلا ينقطع حكم فعله، ويجعل كأنه أسقطه على ثوب الغير.

ولو طارت الريح بشرر النار، وألقته على ثوب إنسان لا يضمن[4]، لأن الإحتراق حصل بفعل الريح لا بفعله، وهو لم يكن متعديا في حمل النار، فلا يضاف التلف إليه.

ولو مرّ رجل، وهو يحمل حملا، فوقع الحمل على إنسان فأتلفه، ضمن[5]؛ لأنه أثر فعله.

ولو عثر إنسان بالحمل، وعطب ضمن أيضا[6]؛ لأنه هو الذي وضع الحمل في

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩. وقال: كذا في الفصول العمادية.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٣. نقلا عن «النوادر» لابن سماعة.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٣، نقلا عن «فتاوى قاضي خان».

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٣، نقلا عن «فتاوى قاضي خان».

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٣، نقلا عن «فتاوى قاضي خان».

الموضع الذي وقع؛ فلم ينقطع أثر فعله.

هذه زوائد ذكرها في «النوادر» عن أبي يوسف، عدنا إلى الأصل[1]، قال:

حائط مائل لصغير أشهد على أبيه، أو وصيه، فلم ينقضه حتى سقط، وأتلف إنسانا كانت الدية على عاقلة الصبي[2]؛ لأن الإشهاد عليهما، وهما يملكان النقض بمنزلة الإشهاد على المالك، وهو كبير.

فإن مات الأب أو الوصيّ بطل الإشهاد حتى لو سقط بعد ذلك، وأتلف شيئا كان هدرا[3]، لأنه زالت ولايتهما بالموت، والإشهاد عليهما بمنزلة الإشهاد على المالك حكما ما دام لهما ولاية النقض، فإذا لم تبق، ولم يوجد الإشهاد على المالك حقيقةً صار كأنه لم يكن.

وكذا لو بلغ الصغير بطل الإشهاد، لأن بلوغه في إبطال ولايتهما بمنزلة الموت.

ولو أشهد على الصبي بعد البلوغ، كان ضامنا لما عطب لوجود الإشهاد على من يملك النقض[4]، ولو أشهد على الأب، ثم مات الصبي قبل البلوغ، وورثه الأب، فسقط الحائط على إنسان، فأتلف كان هدرا، لأن الإشهاد على الأب قبل البلوغ كان إشهادا على

---

(١) يقصد أصل هذا الشرح، وهو كتاب «الزيادات».

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٨، وهذا عندما أشهد على الصبي بعد البلوغ إشهاداً مستأنفاً، وإلا فقبل البلوغ يكون الضمان على نفس الصبي، كما ذكر في نفس المرجع ٦/ ٣٧.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٨، وانظر كلتي المسألتين في الفتاوى الخانية ٣/ ٤٦٤ - ٤٦٥، وكذا في الجوهرة النيرة ٣/ ١٧٩.

(٤) «الفتاوى الخانية» ٣/ ٤٦٤.

الصبي[1]، وملك الصبي زال بالموت، وانتقل[2] إلى الأب، ولم يوجد الإشهاد على الأب بطريق الأصالة، فصار كان لم يكن.

ولو أشهد[3] على رجل عاقل بالغ في حائط له مائل، ثم جنّ جنونا مطبَقا[4]، أو ارتدّ ـ والعياذ بالله ـ ولحق بدار الحرب، وقضى القاضي[5] بلحاقه، ثم أفاق المجنون، وعاد المرتدّ مسلما، وردّت عليه دارُه، ثم سقط الحائط، وأتلف شيئا، كان هدرا، لأن اعتراض هذه العوارض في إبطال الولاية بمنزلة الموت، كما في الوكالة، والإذن في

---

(١) «الفتاوى الخانية» ٣/ ٤٦٥.

(٢) "الملك" ساقط من (ج) و (د).

(٣) «الفتاوى الخانية» ٣/ ٤٦٤.

(٤) الجنون: «هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا»، والجنون على قسمين:

١ـ الجنون المطبِق، بكسر الباء، أي الممتدّ والدائم، ومنه الحمى المطبقة: أي الدائمة التي لاتفارق ليلا ولا نهارا، والامتداد عبارة عن تعاقب الأزمنة، وليس له حدّ معين فقدروه بالأدنى، وهو أن يستوعب الجنون وظيفة الوقت، وهو اليوم والليلة في الصلاة وجميع الشهر في حق سقوط الصوم. ولذا قالوا في المجلة: "المجنون المطبَق": هو الذي يستوعب جنونه جميع أوقاته، و"المجنون غير المطبق" هو الذي يكون في بعض الأوقات مجنونا، ويفيق في بعضها. المادة: ٩٤٤. أما في حق التصرفات فالقول المفتى به هو تحديده بالشهر، كما صرّح به قاضي خان وابن عابدين. راجع «الكليات» ص ٣٥٠، «ردّالمحتار» ١/ ٥١٦، «فتح القدير» ٦/ ١٢٦، «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ٩/ ٥٨٥.

(٥) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

التجارة وغيرهما. وبعد ما بطل الإشهاد لا يعود أبدا.

وكذا لو[1] بيعت الدار بعد الإشهاد، ثم ردّت عليه بعيب بقضاء، أو بغير قضاء، أو بخيار رؤية، أو بخيار الشرط للمشتري، ثم سقط الحائط كان هدرا لما قلنا، فإن كان[2] خيار الشرط للبائع لا يبطل الإشهاد، لأنه لا يزول ملك البائع[3] وولايته، وإشراع[4] الكنيف والجناح لا يبطل بشيء من ذلك لما قلنا.

ـ والله أعلم ـ[5]

---

(١) «الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٤.

(٢) «الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٤.

(٣) "البائع" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٤.

(٥) "والله أعلم" ساقط من (ج) و (د).

باب من الجناية التي يقرّ فيها بالعمد فيجب القصاص أو لا يجب

بنى الباب على أصل عُرف غير مرّة أن تكذيب[1] المقرّ في بعض ما أقرّ لا يُبطل إقرارَه بما بقي، وتكذيب الشاهد في بعض ما شهد به يُبطل شهادته فيما بقي، لأن التكذيب تفسيق، وشهادة الفاسق[2] مردودة، وإقراره صحيح.

قال محمد رحمه الله: شاهدان شهدا لرجل أن هذا الرجل قتل وليّه عمدا بالسيف، وأقرّ رجل آخر أنه هو الذي قتله وحده عمدا بالسيف، وقال المشهود له: قتلتماه جميعا، كان له أن يقتل المقرّ، وشهادة[3] الشهود على الآخر باطلة، أما بطلان الشهادة؛ فلأنهما شهدا عليه بالقصاص والقتل على وجه التفردّ، والوليّ ادّعى القصاص والقتل بصفة الاجتماع والشركة، فصار[4] مكذبا لهما في بعض ما شهدا به، فبطلت شهادتهما.

كما لو شهدا بالقتل بآلة غير ما يدعيه المدّعي، وكما لو ادّعى ألفا من ثمن بيع، وشهد الشهود بألف من قرض.

ولهذا لو ادعى القتل الخطأ على رجلين[5]، فشهد[6] على أحدهما أنه قتله وحده،

---

(١) «فتح القدير» ١٠/ ٢٨٩.

(٢) «ردّ المحتار على الدر المختار» ٥/ ٤٠٤ - ٤٠٥.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٦/ ١٩، كذا في الهداية.

(٤) في (ج) و (د): "فكان".

(٥) «ردّ المحتار على الدر المختار» ٥/ ٤٠٥.

(٦) "الشهود" ساقط من (ج) و (د).

لا تقبل كذلك في العمد[١]، وله أن يقتل المقرّ، لأنه يدعي القصاص على المقر[٢] والقتل على وجه[٣] الاجتماع، وهو أقرّ على نفسه بالقصاص، والقتل بصفة التفردّ، فكان مكذبا له في بعض ما أقرّ، وفي سببه وتكذيبه في بعض ما أقرّ لا يبطل إقراره بالباقي.

كما لو ادّعى ألفا من قرض فأقرّ المدّعي عليه بألف من ثمن بيع، فلهذا كان له أن يقتله قصاصا، وكذا لو[٤] لم يكن له بينة، له أن يقتل المقرّ. وكذا لو كان القتل خطأ يقضي[٥]، له بنصف الدية على المقرّ.

ولو وجد المقتول مقطوع اليدين[٦]، فقال وليه[٧]: قطع فلان يده اليمنى عمدا، وفلان آخر يده اليسرى عمدا، فمات منهما، وقال صاحب اليسرى: أنا قطعت يده اليسرى وحدي عمدا فمات منها[٨]، وأنكر الآخر، كان له أن يقتل المقرّ، لأنه صدقه في وجوب القصاص، وكذبه في البعض.

ولو قال الولي[٩]: قطع فلان يده اليسرى عمدا، ولا أدري من قطع اليمنى، فلا

---

(١) "كذلك في العمد" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "عليه".

(٣) في (ج) و (د): "بصفة".

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٠.

(٧) في (ج) و (د): "الولي".

(٨) في الأصل "منه" وهو خطأ أثبتناه من (ج) و (د).

(٩) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٠.

شيء له على المقرّ من قصاص ولا دية؛ لأن الوليّ لما جهل الثاني يحتمل أن يكون الثاني صبيّا أو مجنونا أو مَن لا يجب القصاص عليه، فأورث ذلك شبهة في حق المقرّ، فإذا تعذّر[1] إيجاب القصاص لمعنى من جهة الوليّ بطل أصلا، كما لو ادعى الوليّ الخطأ، فأقرّ القاتل بالعمد.

ولو قال الوليّ: قطعتَ أنت[2] يده اليسرى عمدا، وقطع فلان يده اليمنى عمدا، ومات منهما، وقال صاحب اليسرى: أنا قطعت يده اليسرى عمدا، ولا أدري من قطع اليمنى، فعلى المقرّ نصف الدية في ماله، أما لا قصاص عليه؛ فلأنه لما جهل الشريك، فقد ادعى شبهة في القصاص لما بينا فلا يقتل، ويقضى بنصف الدية، لأنه تعذّر استيفاء[3] القصاص لمعنى من جهة القاتل فيقضى بالمال.

وإنما يقضى بنصف الدية؛ لأن الوليّ لما ادعى القتل على رجلين، فقد ادعى على كل واحد منهما نصف الدية عند السقوط، ويكون في ماله، لأنه وجب بإقراره كما لو ادعى[4] العمد فأقرّ بالخطأ، وقد ذكرنا فيه القياس والاستحسان في الأبواب المتقدمة.

ولو قال الوليّ: أنتَ قطعت وحدك عمدا[5]، فقال المدّعي عليه: أنا قطعتُ يده اليسرى عمدا، ولا أدري من قطع رجله، يقضى عليه بالدية استحسانا، لأنه يدعي عليه القودَ بالقتل على وجه التفردّ، وهو أقرّ على نفسه بالقتل، وادعى الشبهة، فيقضى بالدية.

---

(١) «الجوهرة النيرة شرح القدوري»: ٢/ ١٥٥.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٠.

(٣) "استيفاء": ساقط من(ج) و (د).

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

رجل ادّعى أن فلانا[1] شجّ وليّه موضحة عمدا، فمات منها، وأنكر المدّعي عليه، فأقام المدعي شاهدين[2]، فهو على وجوه: إن شهدا أنه شجّه موضحة عمدا، وبرأ منها[3]، ثم مات بعد ذلك[4]، فإنه يقضى بالموضحة، والقصاص فيها، لأن الوليّ ادعى الموضحة والسراية، الشهود[5] شهدوا[6] بالموضحة، فإنما شهدا ببعض ما ادعاه المدعي فيقضي له بالشجة[7].

وكذا لو شهد[8] أحدهما بالموضحة والسراية، والآخر بالموضحة والبرء منها لأن الولي ادعى الموضجة والسراية وقد شهد بالموضحة[9]، وتفردّ أحدهما بالزيادة، فيقضى بما اتفقا عليه الشاهدان.

فإن قيل: وجب أن لا يقضى بشيء في قول[10] أبي حنيفة، لأن عنده الشجة عند اتصال السراية تصير قتلاً حتى يبطل العفو عن الشجة.

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

(٢) في (ج) و (د): "البينة".

(٣) "منها" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٥) في (ج) و (د): "وهما".

(٦) في (ج) و (د): "شهد".

(٧) قوله: "فيقضي له بالشجة": ساقط من (ج) و (د).

(٨) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

(٩) من قوله: "لأنّ الولي" إلى قوله: "شهد بالموضحة" ساقط من (ج) و (د). وفيهما: لأنهما توافقا على الموضحة.

(١٠) في (ج) و (د): "عند".

قلنا: قال بعضهم: هذا قولهما، لا قول أبي حنيفة[1]، ولئن[2] كان هذا قول الكل إلا أن المدعي لا يستغني عن دعوى الشجة حتى يمكنه دعوى السراية، فيشهد له الشهود بذلك، فدعوى السراية لا يُعدم ذكر الشجة، فلهذا جازت الشهادة على ما اتفقا عليه، ويقضى بحكمه، كما لو كانت الموضحة خطأ، فشهدوا بالموضحة[3] والبرء، يقضى له بخمسمائة درهم، وإن كان المدّعي يدعي عشرة آلاف درهم.

وكذا لو شهدا بالموضحة عمدا[4]، وقالا: لاندري إنه مات منها[5] أو برأ، يقضى له بالقصاص في الموضحة، لأنهما شهدا بالموضحة، ولم يشهدا بالسراية.

ولو كان[6] الوليّ يدعي أنه شجّه موضحة، فبرأ منها، فشهد أحدهما بذلك، والآخر أنه مات منها، كانت باطلة[7]، لأنه كذّبه في بعض ما شهد به، فبطلت.

ولو ادعى[8] الوليّ سببا لا يعقله العاقلة نحو السمحاق[9] والباضعة خطأ، وادعى

---

(١) في (ج) و (د): "قوله".

(٢) في (ج) و (د): "وإن".

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٣.

(٤) حاشية «ردّ المحتار على الدر المختار» ٥/ ٤١٢.

(٥) في (ج) و (د): "منهما".

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٣.

(٧) في (ج) و (د): "لا تقبل".

(٨) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٨٧، ص ١٧.

(٩) والسمحاق: شجة تصل إلى الجلد الرقيق التي تكون فوق عظم الرأس ولا تصل إلى العظم، والواجب فيها حكومة عد، وتكون ذلك في خال الجاني لأن العاقلة لا تعقل ما دون الموضحة.

أنه مات، الشهود[1] بالبرء، قبلت شهادتهما، ويقضى له بأرش السمحاق في مال الجاني، وإن كان المدعي يدعي الدية على العاقلة، لأنه يدعي السمحاق مع السراية، ويدعي وجوب المال على الجاني أيضا، لأن العاقلة يتحملون عنه، فلهذا جازت شهادتهم.

وكذا لو ادعى الموضحة مع السراية عمدا على المرأة أو خطأ، الشهود بالموضحة والبرءي يقضى بأرش الموضحة، لأنه لا قصاص[2] بين الرجل والمرأة في الطرف.

وكذا لو كان القتيل[3] عبدا فادعى مولاه الموضحة مع السراية عمدا، والشهود[4] بالبرء، فإنه يقضى بأرش الموضحة، لأن القصاص[5] لا يجرى في العبد في الطرف. وإن كان المولى يدعى القصاص في النفس، ومع ذلك، جازت شهادتهم لما قلنا.

أوضح بهذه المسائل أن المخالفة على هذا الوجه لا تمنع قبول الشهادة على أصل الفعل.

ـ والله أعلم ـ[6]

[كذا في هامش النسخة الأصلية: ٣٦١].

(١) "الشهود": ساقط من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٩.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٩.

(٤) "الشهود": ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

(٦) "والله أعلم": ساقط من (ج) و (د).

باب أمر الصبي الحر وأمر العبد المحجور بالجناية مايلزم من ذلك ومالا يلزم

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن غصب الصبي الحر إذا اتصل به التلف بما يمكن الاحتراز عنه في الجملة[1] سبب للضمان بمنزلة الجناية عليه، لأن الصبي محفوظ بغيره لا بنفسه[2]، فقطعُ يدِ الحافظ عنه يكون تسبيبا للتلف، فيلحق بالجناية عليه[3].

والثاني: أن فعل الحر البالغ لا ينتقل إلى غيره بمجرّد الأمر إذا لم يكن مكرها.

وفي الباب فصول أربعة: فصل في الحر البالغ، وفصل في العبد، وفصل في الصبي الحر، وفصل[4] في المكاتب.

---

(١) قوله: "بما يمكن الاحتراز عنه في الجملة"، فلايضمن الغاصب إذا كان التلف مما لايمكن التحرز منه، مثل ما ذكره الإمام محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: رجل غصب صبي حرا، فمات في يده فجأةً أو بحمّى، فليس عليه شيء. ص ١١٩، وذكره أيضا العلامة الاستروشني في «جامع أحكام الصغار» فليرجع ٤/ ١١.

(٢) قال الاستروشني: "بخلاف الصغير، لأنه لايمكنه حفظ نفسه على ما مرّ. «جامع أحكام الصغار» ٤/ ١٦.

(٣) لقد ناقش الإمام السرخسي والاستروشني هذه المسألة مفصلا، راجع «المبسوط» ٢٦/ ١٨٥ - ١٨٧، و «جامع أحكام الصغار» ٤/ ١١ - ١٦.

(٤) كلمة: "فصل" في جميع هذه المواضع ساقط من (ج) و (د).

وكل ذلك على وجوه: إما إن كان المأمور صبيا حرا، أو عبدا، أو مكاتبا.

أما الفصل الأول قال [محمد رحمه الله][1]:

رجل أمر صبيا حرا ليقتل رجلا، فقتله، فالدية على عاقلة الصبي، ثم ترجع عاقلة الصبي بذلك[2] على عاقلة الآمر في ثلاث سنين[3].

أما وجوب الدية[4] على عاقلة الصبي؛ لأنه قتل شخصا معصوما، والقتل كما يتحقّق من البالغ يتحقق من الصبي، وعمد الصبي[5] وخطأه سواء[6]، لنقصان قصده، فيكون على العاقلة، كما لو قتله ابتداءً لا بأمر غيره، ويرجع عاقلة الصبي على عاقلة

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، أثبتناه من (ج) و (د).

(٢) قوله: "عاقلة الصبي بذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٣) كذا في «الفتاوى الهندية» نقلا عن «خزانة المفتين» ٦/ ٣٠، ٨٦.

وهذا حكم عام في التصرفات الجنائية والمدنية، فلو أمر رجل صبيا باستهلاك مال انسان، حيث يضمن الصبي، ثم يرجع على الآمر، قال قاضي خان في فتاواه: ولو أمر صبيا بشيء فلحقه صبيا، كان لولي الصبي أن يرجع على الآمر. «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٤٥٦، وانظر «جامع أحكام الصغار» ٢/ ١٤٩.

(٤) في (ج) و (د): "أما الدية".

(٥) "الصبي" ساقط من (ج) و (د).

(٦) قال الاستروشني: وعمد الصبي وخطؤه سواء عندنا، وتجب الدية في الحالين، وتكون في ماله في فصل العمد، لأن العاقلة لاتعقل العمد. «جامع أحكام الصغار» ٤/ ٦٥، ٥٢، و انظر: «المبسوط» ٢٦/ ٨٦، مختصر الطحاوي ص ٢٢٩، «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣-٤.

الآمر[1].

[وأما الرجوع][2]؛ لأن الصبي يتحامى عن القتل عادة، ولا يتجاسر عليه، فإنما أقدم على القتل بأمره، فكان الأمر تسبيبا، والتسبيب بصفة التعدي ملحق بالمباشرة في إيجاب الضمان عليه، كما في حافر البئر، فإذا لحقهم الغرم بأمره يرجعون بذلك عليه.

وليس في هذا إيجاب الضمان على المتسبب مع المباشر، لأن ذلك إنما لا يجوز في ضمان واحد، أما في ضمانين مختلفين فلا، وهنا ضمان القتل يجب على عاقلة المباشر، ثم ترجع عاقلته على عاقلة الآمر بضمان آخر في ثلاث سنين[3].

كمن ربط بعيرا في قطار غيره، ولم يعلم به صاحب القطار، فقاد صاحب القطار الإبل، فوطئ البعير رجلا فقتله، تجب الدية على عاقلة صاحب القطار[4]، ثم ترجع عاقلته على عاقلة الرابط[5]، لما قلنا، ولأنه لما استعمله بالأمر صار غاصبا، فإذا لحقه حكم الجناية يرجع به على الغاصب، كالعبد المغصوب إذا جنى جناية يرجع مولاه بحكم الجناية على الغاصب[6].

ولا يقال: بأن الأمر جناية من حيث القول، فلا يجب على عاقلة الآمر، كما لو أقرّ بالقتل، وكما لو رجع الشهود عن الشهادة.

---

(١) قوله: "غيره، ويرجع عاقلة الصبي على عاقلة الآمر" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٠، ٨٦.

(٤) في (ج) و (د): "على عاقلة القائدة"، وهو خطأ.

(٥) انظر «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٤٥٦، و«الفتاوى الهندية» ٦/ ٥٣.

(٦) «فتح القدير» ١٠/ ٣٩٥.

لأنا نقول: ذلك في قول يحتمل الصدق والكذب، والإقرار بالقتل قول يحتمل الصدق والكذب، فيكون متّهما في حق العاقلة، وكذلك الرجوع.

أما الأمر بالجناية لا تهمة فيه، فيكون على العاقلة، كمن أمر رجلا ليحفر له بئرا في فناء داره، فحفر، ووقع فيها إنسان ومات[1]، وجبت[2] الدية على عاقلة [الحافر، ثم عاقلته يرجعون على عاقلة][3] الآمر[4]، كذلك هنا.

والوجه الثاني من هذا الفصل:

لو أمر عبدا صغيرا أو كبيرا، أو مأذونا في التجارة[5] أو مكاتبا، أو محجورا عليه ليقتل رجلا خطأ، فقتل، يخاطب مولى المأمور بالدفع أو الفداء[6]، لوجود القتل حقيقة.

وحكم جناية العبد إذا لم تكن موجبة للقصاص ما قلنا[7]، خلافا لما قاله بعض الناس إنه يباع في الجناية، ثم يرجع المولى بالأقل من القيمة ومن دية المقتول[8] على الآمر في ماله حالا[9]، لأن العبد محل للغصب، والغصب إثبات اليد عليه، فإذا استعمله بأمره

---

(١) "ومات" ساقط من (ج) و (د).

(٢) كذا في (ج)، وفي الأصل: "كانت الدية".

(٣) ما بين المعكوفتين أضفناه من (ج) و (د).

(٤) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٥.

(٥) "في التجارة" ساقط من (ج) و (د).

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٧) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٥٤.

(٨) في (ج) و (د): "ومن الدية".

(٩) «المبسوط» للسرخسي ٢٧/ ٥٢.

فقد أثبت يده عليه، فصار غاصبا.

ولهذا لو تلف في حالة الاستعمال كان ضامنا قيمته، والعبد الغصب إذا جنى جناية عند الغاصب، يخير مولاه بين الدفع والفداء لوجود القتل حقيقة، ثم يرجع بذلك على الغاصب كذلك هنا.

وإنما يرجع بالأقل؛ لأنه كان يتخلص عن الجناية بالأقل، فإنما لزمته الزيادة باختياره، فلا يرجع بالزيادة، ويرجع بالأقل[1]، ويرجع في ماله حالا.

[وإنما يرجع في ماله][2]، لا على العاقلة، لأن الواجب[3] ضمان الغصب، ولهذا سوّى بين الصغير، والكبير، والمأذون، والمحجور، لاستوائهم في حكم الغصب.

وضمان الغصب يكون في مال[4] الغاصب حالا في ماله بمنزلة ثمن البيع[5] وغيره، بخلاف ما إذا كان المأمور صبيا حرا؛ لأن ذلك ضمان جناية بطريق التسبيب، لا ضمان الغصب حقيقة، لأن الحر ليس محلاً للغصب إلا أن إثبات اليد عليه في حكم الضمان صار ملحقا بالجناية عليه، وضمان الجناية يكون على العاقلة[6].

والوجه الثالث من هذا الفصل:

لو أمر مكاتبا صغيرا أو كبيرا ليقتل رجلا فقتل، يجب على المكاتب قيمة نفسه، لأن

---

(١) انظر «المبسوط» للسرخسي، ٢٧/ ٥٢، و«الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٠.

(٢) ما بين المعكوفتين أضفناه من (ج) و (د).

(٣) "الواجب" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د): "يجب على الغاصب".

(٥) "البيع" ساقط من (ج) و (د).

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

جناية المكاتب إذا لم تكن موجبة للقصاص تكون في كسبه، يلزمه الأقل من أرش الجناية ومن قيمته، ولا يرجع بذلك على الآمر[1]، لأن الأمر جناية إثبات اليد، والمكاتب وإن كان صغيرا فهو في يد نفسه ملحق بالحر الكبير في ذلك[2]، وثبتت يده على نفسه بعقد الكتابة، فلا يتصور إثبات اليد عليه، ولهذا لو غصب مكاتبا صغيرا، وقرّبه إلى المهالك حتى عطب، لا يضمن[3].

ولو غصب صبيا حرا، وقرّبه إلى المهالك حتى نهَشته[4] حيّةٌ وما أشبه ذلك، كان على عاقلته دية الصبي استحسانا[5]، خلافا لزفر[6]، لأن الصبي الحر ليس في يد نفسه بل هو محفوظ بغيره[7]، بخلاف المكاتب الصغير.

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٢) قال السرخسي: "بخلاف المكاتب، لأنه في يد نفسه، صغيرا كان أوكبيرا" انظر «المبسوط» ٢٦/ ١٨٦.

(٣) المرجع السابق.

(٤) نَهَسَه الكلب: بالسين المهملة، ونَهَشَته الحيّة: بالشين المعجمة، نهشَه الكلب: عضّه بأن قبض على لحمه ومدّه بالفم. راجع المغرب ٢/ ٣٣٦، والمصباح المنير ٢/ ٦٢٨.

(٥) انظر «المبسوط» ٢٦/ ١٢٦، «جامع أحكام الصغار» ٤/ ١١، «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٤.

(٦) وهو القياس، وجه قول الإمام زفر أن ضمان الغصب يختص بما هو مال متقوّم، والصبي الحرّ ليس بمال متقوم، فلا يضمن غاصبه بالغصب، كالميتة والدم، والدليل على ذلك انه لو مات حتف أنفه لا ضمان على الغاصب اتفاقا. انظر «المبسوط» ٢٦/ ١٨٦، و«الهداية» ٤/ ١٥٨.

(٧) احتجّوا على زفر بأنه لا يضمن بالغصب، ولكن يضمن بالإتلاف، وهذا إتلاف تسببا لأنه نقله إلى أرض مسبعة، فصار ناقلا له من محل الأمان إلى غيره، كما أنه قصّر في حفظه، فصار متعديا، وبهذا صار ضامنا، وبيانه أن أزال يدا حافظة عنه في حال حاجته إلى الحفظ، ولم يقم

فإن كان الآمر عبدا، وهو الفصل الثاني من الباب فهو على وجهين:

إما إن كان مأذونا في التجارة، أو محجورا عليه.

فإن كان مأذونا في التجارة[1] وهو صغير أو كبير، فأمر عبدا صغيرا، أو كبيرا مأذونا، أو محجورا ليقتل رجلا، فقتل، يخاطب مولى المأمور بالدفع أو الفداء إذا لم يكن موجبة للقصاص، لما قلنا[2]، ثم يرجع مولى المأمور في رقبة الآمر بالأقل من الأرش ومن قيمة المأمور[3]، لأن المأمور إذا كان عبدا كان الآمر غاصبا، والعبد[4] المأذون أهل لوجوب ضمان الغصب، ويقول يجر إليه ضمان الغصب[5].

ولهذا لو أقرّ بغصب مال يلزمه، لأنه ضمان مبادلة، فيكون من التجارة، فلهذا سوّى بين ما إذا كان المأمور صغيرا أو كبيرا، مأذونا أو محجورا لاستوائهم في حكم الغصب.

وإن أمر بذلك[6] صبيا حرا تجب الدية عى عاقلته[7]، لما قلنا، ولا شيء على الآمر،

بحفظه بنفسه، فصار مسببا لإتلافه، وهو متعد في ذلك، لأنه ممنوع شرعا من إزالة يد حافظة عنه، فالدية على عاقلته، كحافر البئر. «الهداية» ٤/ ١٥٨- ١٥٩، و«المبسوط» ٢٦/ ١٨٦.

(١) قوله: "في التجارة" ساقط من (ج) و (د).

(٢) سقط قوله: "إذا لم يكن موجبة للقصاص، لما قلنا" من (ج) و (د).

(٣) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٤) "والعبد" ساقط من (ج) و (د).

(٥) قوله: "ويقول يجر إليه ضمان الغصب" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٧) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

لأن الحر لا يكون محلا للغصب، فكان الواجب باستعماله في معنى ضمان الجناية عليه، وجناية العبد لو تحقق تكون على مولاه، ولا يكون على العبد[1]، ولا شيء على المولى هنا؛ لأنها جناية من حيث القول، والمأذون في الجناية بمنزلة المحجور، لأن الجناية ليست من التجارة، فلم يكن المأذون من أهل قول يجر إليه ضمان الجناية، ويظهر أثر الحجر في أقواله.

ولهذا لو أقرّ على نفسه بجناية لا توجب القصاص لا يلزمه شيء، لأن الإقرار بالجناية إقرار على مولاه، فبطل، ولا يلزمه شيء لا قبل العتق، ولا بعده، كذلك هنا.

هذا إذا كان الآمر عبدا مأذونا في التجارة[2]، فإن كان محجورا عليه، وهو صغير أو كبير، فأمر عبدا صغيرا، أو كبيرا مأذونا، أو محجورا ليقتل رجلا فقتل، يخاطب مولى المأمور بالدفع أو الفداء، ولا يرجع على مولى الآمر بشيء[3]، لأنه لو رجع عليه[4] إنما يرجع بحكم الآمر.

وقول المحجور باطل لا يوجب شيئا على المولى[5]، كما لو أقرّ بدين على نفسه، أو كفل بمال.

فإن عتق الآمر، فإن كان كبيرا وقت الأمر رجع عليه مولى المأمور بالأقل من قيمة

(١) في (ج) و (د): "لا عليه" مكان قوله: "ولا يكون على العبد".

(٢) "في التجارة" ساقط من (ج) و (د).

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٤) "عليه" ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

المأمور ومن الأرش، لأنه كان محجورا في حق المولى [١]، فإذا زال حقه بالعتق ظهر أثر التزامه على نفسه، كما لو أقرّ بمال أو بغصب أو كفل بمال، بخلاف ما أقرّ بالجناية، لأن الإقرار بالجناية [٢] إقرار على المولى، فلم يصح أصلا.

وإن كان صغيرا وقت الأمر لا يؤاخذ [٣] به وإن عتق [٤]، لأن الصغير [٥] ليس من أهل الالتزام، فلا يؤاخذ بشيء [٦] كما لو أقرّ على نفسه بالدين.

ولو كان الآمر صبيا حرا، وهو الفصل الثالث من الباب فهو على وجهين:

إما إن كان الصبي مأذونا في التجارة، أو محجورا.

فإن كان مأذونا [٧]، فإن أمر عبدا صغيرا، أو كبيرا مأذونا، أو محجورا ليقتل رجلا فقتله خطأ، يخاطب مولى المأمور بالدفع أو الفداء لما ذكرنا [٨]، ثم يرجع مولى المأمور بالأقل من قيمة المأمور ومن الفداء على الآمر في ماله، لأن الواجب باستعمال العبد ضمان غصب، والصبي المأذون أهل لوجوب ضمان الغصب حرا كان أو عبدا؛ لأنه ضمان تجارة.

---

(١) العبارة في (ج) و (د): "لأن الحجر لحق المولى".

(٢) قوله: "الإقرار بالجناية" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د) "لم يؤخذ".

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٥) في (ج) و (د): "الصبي".

(٦) في (ج) و (د)" به".

(٧) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٠.

(٨) "لما ذكرنا" محذوف من (ج) و (د).

ولو أمر بذلك صبيا حرا لا يلزم الآمر شيء[1]، لأن ما يجب بحكم الأمر بالجناية[2] ضمان جناية معنى، وأمر الصبي المأذون في ذلك وأمر الصبي المحجوب سوا[3]، لأن الإذن لا يظهر إلا في التجارة، ولهذا لو أقرّ على نفسه بجناية لا يصح.

هذا إذا كان الآمر صبيا مأذونا، فإن كان محجورا لا يجب على الآمر شيء من ضمان الجناية والغصب لفساد أمره.

ولو كان الآمر مكاتبا، وهو الفصل الرابع من الباب:

قال: [4]مكاتب أمر عبدا مأذونا، أو محجورا صغيرا، أو كبيرا ليقتل رجلا فقتل، فإن كان لا يجب فيه القصاص، يخاطب مولى المأمور بالدفع أو الفداء، ثم يرجع على المكاتب بقيمة المأمور، إلا أن يكون الأرش أقل من قيمته، لأن الواجب باستعمال العبد ضمان الغصب، والمكاتب أهل لوجود ضمان الغصب[5]، إلا أن تكون قيمة المأمور عشرة آلاف أو أكثر، فيرجع على المكاتب بعشرة آلاف إلا عشرة دراهم.

وفيه نوع إشكال: وهو أن الواجب لو كان ضمان الغصب ينبغي أن تجب قيمة المأمور بالغة ما بلغت كما في الغصب، ولو كان الواجب ضمان لجناية ينبغي أن تجب قيمة المكاتب لا قيمة المأمور، فإن المكاتب إذا جنى جناية لا توجب القصاص، كان عليه قيمته.

والجواب عنه: أن استعمال العبد في الجناية، وإن كان غصبا إلا أن ضمان الغصب

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٠.

(٢) "ما يجب بحكم الأمر بالجناية" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "ذلك وأمر الصبي المحجوب سوا" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٥) "لوجوب الضمان الغصب" ساقط من(ج) و (د).

فيه لا يتأكّد إلا[1] بالجناية، فيجب اعتبار الجناية فيه أيضا، كمن غصب عبدا، فقتل عنده رجلا خطأ[2]، ثم ردّه على المولى، ودفعه مولاه بالجناية، رجع المولى[3] على الغاصب بقيمة العبد[4]، فإن كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر يرجع عليه بعشرة آلاف إلا عشرة، كذلك ههنا.

وإن أمر المكاتب حرا صغيرا بالقتل[5]، وجبت الدية على عاقلة الصبي، ثم ترجع عاقلة الصبي على المكاتب بقيمة المكاتب[6] حالا، لأنه بالأمر صار جانيا على الحر، أو كالمقرّ بالجناية، وموجب جناية المكاتب قيمته في كسبه، لأنه في حكم الاكتساب[7] ملحق بالأحرار إلا أنه يقدر بقيمته؛ لأنه مملوك رقبة، ولو كان محلا للدفع يجب دفعه بالجناية، فإذا تعذّر دفعه قامت القيمة مقامه، وتكون حالاً، لأن القيمة خلف عن الرقبة، ولو وجب تسليم الرقبة يكون حالا فكذا خلفها.

والمكاتب الكبير والصغير فيه سواء، لأن المكاتب[8] الصغير ألحق بالحر الكبير لانقطاع ولاية المولى عنه، ولهذا لا يملك المولى تزويج مكاتبته الصغيرة.

---

(١) في (ج) و (د): "إنما يتأكد بالجناية".

(٢) «المبسوط» ٢٧/ ٢٥.

(٣) في (ج) و (د) "يرجع مولاه".

(٤) "العبد": ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٦) "المكاتب" ساقط من (ج) و (د).

(٧) في (ج) و (د) "الإكساب" وما ثبت أولى.

(٨) "المكاتب" ساقط من (ج) و (د).

فإن عجز المكاتب[1]، وردّ في الرقّ، ينظر إن عجز قبل أن يقضي القاضي عليه بقيمته لعاقلة الصبي يبطل حق العاقلة أصلا، لأن القيمة لا تصير دَينا على المكاتب[2] بدون القضاء، فإذا عجز قبل القضاء صار كالعبد المحجور.

وحكم جناية العبد على المولى يخاطب بالدفع أو الفداء، وتعذّر إيجاب حكم هذه الجناية[3] على المولى، لأنه محجور، فبطل أمره[4] في حق المولى[5]، وإذا بطل في حق الوليّ بطل في حق العبد أيضا حتى لا يؤاخذ به بعد العتق، كما لو جنى جناية ثم أعتقه.

وإن كان بعد ما قضى عليه بقيمته، إن أدى كله أو بعضه إلى العاقلة سلم لهم ذلك، ويطل ما بقي، وإن لم يؤدّ شيئا يبطل حق العاقلة[6] في الحال حتى لا يطالب المولى بشيء، ويؤاخذ به العبد بعد العتق في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد لا يبطل حق العاقلة بل يؤاخذ به للحال.

أصل المسألة في «كتاب الديات»[7]: المكاتب إذا أقرّ بالقتل خطأ ثم عجز، إن كان قبل القضاء بطل، وإن كان بعده فعلى الخلاف:

---

(١) "المكاتب" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د) "عليه".

(٣) قوله: "حكم هذه الجناية" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د) " فبطل إقراره".

(٥) في (ج) و (د) "في حق الوليّ"، في كلا الموضعين.

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١ .

(٧) أي: كتاب الديات من "الأصل" للإمام محمد رحمه الله.

لهما[1]: أن القيمة صارت دينا بالقضاء، فلا تبطل بعوده إلى الرق[2] كضمان الغصب والاستهلاك.

ولأبي حنيفة: أنه لما بطلت الكتابة صار محجورا، والعبد[3] المحجور لا يؤاخذ بضمان الجناية.

فإن أعتقه المولى بعد العجز[4]، وبعد القضاء بالقيمة فعاقلة الصبي بالخيار، إن شاؤا ضمنوا المولى، لأنه أعتق عبدا مديونا، وإن شاؤا ضمنوا العبد عند أبي يوسف ومحمد، لأن عندهما للعاقلة ولاية التضمين قبل العتق، فبعده أولى، وعند أبي حنيفة ليس لهم تضمين المولى، لأن عنده لم يكن العبد مؤاخذا بذلك[5] قبل العتق، فلم يكن العبد مديونا في حق المولى.

ولو لم يعجز[6]، ولكنه أدّى الكتابة فعتق، للعاقلة أن يرجعوا عليه حالة، سواء كان ذلك قبل قضاء القاضي[7] عليه بالقيمة أوبعده، لأنهم يرجعون عليه قبل العتق فبعده أولى، إلا أنهم يرجعون بحسب أدائهم، فما لم يؤدّوا شيئا لا يرجعون بشيء، وهم يؤدون في ثلاث سنين، فكلما أدّوا شيئا رجعوا عليه بذلك القدر من القيمة.

---

(١) في (ج) و (د) "لهم"، وما ثبت أصح.

(٢) في (ج) و (د) "إلى الرق".

(٣) "العبد" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٥) في (ج) و (د) "به".

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٧) العبارة في (ج) و (د): "سواء قضى عليه بالقيمة أولا".

ولو [أمر][1] المكاتب عبدا صغيرا[2]، أو كبيرا مأذونا، أو محجورا بالقتل فقتل، فإن كان قتلا لا يوجب القصاص، يخيّر مولى المأمور على ما قلنا، ثم يرجع على المكاتب بقيمة المأمور بالغا ما بلغت، لأنه ضمان غصب، إلا أن تكون قيمة المأمور عشرة آلاف أو أكثر، فحينئذ يرجع عليه بعشرة آلاف إلا عشرة لما مر.

فإن عجز المكاتب هنا[3]، بيع في ذلك إلا أن يفديه المولى، لأن هذا[4] ضمان غصب بخلاف ما إذا كان المأمور حراً، فيباع فيه، كما في سائر الديون[5]، فإن عتق بعد ما عجز فمولى العبد بالخيار، إن شاء رجع على مولى المكاتب، لأنه أعتق عبدا مديونا، وإن شاء رجع على المعتق بقيمة المأمور، لأن هذا دين لزمه بغصبه، فيكون بمنزلة سائر الديون الواجبة عليه؛ فإن أراد الرجوع على المولى المعتق رجع[6] عليه بالأقل من قيمة المأمور ومن الأرش، ثم يرجع بالفضل إلى تمام قيمة المأمور على المعتق.

وإن أمر المكاتب مكاتبا صغيرا[7]، أو كبيرا ليقتل رجلا فقتل، فالجناية تكون في عنق القاتل، وذلك قيمته، عجز الآمر بعد ذلك أو عتق، لأن المكاتب وإن كان صغيرا فهو

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٤) في (ج) و (د) "لأنه ضمان".

(٥) في عبارات تقديم وتأخير، ففيه: " فيباع فيه كما في سائر الديون بخلا ف ما إذا كان المأمور حراً".

(٦) كذا في الأصل، وجاء في (ج): " فإن رجع على المولى يرجع عليه".

(٧) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

بمنزلة الحر الكبير على ما قلنا.

ولو كان المأمور رجلا حرا كانت الجناية عليه، ولا تنتقل إلى غيره إذا لم يكن مكرها، وكذا إذا كان مكاتبا، ألا ترى أن المولى لا يزوّج المكاتبة الصغيرة والمكاتب الصغير بغير إذنهما، ويزوج معتقته الصغيرة بغير رضاها، لأن المكاتب وإن كان صغيرا فهو بمنزلة الحر الكبير.

- والله أعلم -

باب ما يجب فيه القصاص فيبطل بحق أو بغير حق ويجب مكانه مال وما لا يجب

بنى الباب على أن مَن عليه القصاص في الطرف، إذا قضي بطرفه حقا عليه يتقوّم عليه، ويغرم أرش الطرف في ماله، وإن فات طرفه من غير أن يقضى حقا عليه لا يتقوم، ولا يغرم شيئا.

ومَن عليه القصاص في النفس إذا قضي بنفسه حقا عليه لا يضمن شيئا؛ لأن القياس يأبى تقويم القصاص لفقدان المماثلة بينهما، وإنما عرفنا ذلك شرعا في الصلح، وعفو بعض الشركاء، فيلحق به ما كان في معناه[1]، وثمّة تعذّر استيفاء القصاص[2] لا لمعنى من قِبل من له الحق مع سلامة محل الحق لمن عليه.

فإذا قضي بطرفه حقا عليه، وصرّفه إلى حاجته، سلم له الطرف معنى، فيجب عليه الأرش رعاية للمستحق، أما إذا فات من غير أن يقضى به حقا لم يسلم له الطرف معنى.

وكذا إذا قضي بنفسه حقا عليه لا تسلم له النفس معنىً؛ لأن سلامة النفس بعد الهلاك محال، بخلاف الطرف حال بقاء النفس.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل قطع يمينَ رجل عمدا[3]، فوجب عليه القصاص، ثم قطعت يد القاطع في

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٢) في (ج) و (د) " وثمة التعذر لا لمعنى... بسقوط: استيفاء القصاص".

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٣، وقال: كذا في «فتاوى قاضي خان».

سرقة، أو قصاص لآخر، غرم القاطع الأول أرش اليد في ماله لوليّ القصاص، لأنه قضى بطرفه حقا عليه فيغرم أرش اليد[١].

وكذا لو قطع الطريق[٢]، وأخذ المال، فقطعت يده ورجله من خلاف، فإنه يغرم لوليّ القصاص في ماله مؤجّلا إلى سنتين، ثلثاه في السنة الأولى، وثلثه في السنة الثانية.

أما وجوب الأرش؛ لأنه قُضي[٣] بطرفه حقا عليه، ويكون في ماله؛ لأنه عَمدٌ صار مالا، ويجب في سنتين[٤]، لأن أرش اليد نصف الدية، والدية تجب في ثلاث سنين، في كل سنة ثلثها، وثلث الدية ثلثا النصف، فلهذا يجب ثلثا النصف في السنة الأولى، وما زاد عليه إلى النصف في السنة الثانية.

وإن قُطعت يدُ القاطع[٥] ظلما عمدا أو خطأ، بطل القصاص لفوات محله، ولا يصير مالا، لأنه ما قُضي بطرفه حقا عليه، وله القصاص على القاطع الثاني إن كان عمدا، وأرش اليد على عاقلته إن كان خطأ؛ لأن يد من عليه القصاص كانت معصومةً في حق سائر الناس، فيجب فيها ما يجب في سائر الأيدى، ولا حق للمقطوعة يده الأول في هذا الأرش، لأن حقه كان في القصاص، فلا ينقلب مالا لما قلنا.

وهذا لأن الأرش بدل اليد الثانية، ولا حق لمن له القصاص في بدل اليد، وملك القصاص ملك ضرورى يظهر في الاستيفاء، وما كان من توابعه كالعفو والصلح لا في ملك البدل كملك النكاح للزوج، لا يظهر في ملك البدل حتى لو وطئت المنكوحة بشبهة،

(١) في (ج) و (د) "فيغرم الأرش".

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٢-١٣، «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٨٢.

(٣) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "قضى"، وما أثبت أصح.

(٤) «بدائع الصنائع» ٧/ ٢٥٦.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٣.

ووجب العقر، لا يكون للزوج.

ولا يقال: بأن القاطع الأول لما أخذ أرش اليد[1] سلّمت له اليد معنىً لسلامة بدلها، فيجب عليه الأرش لوليّ القصاص، لأنا نقول: الأرش بدل ضروري يظهر في حق الأخذ، ومن عليه لا في حق غيرهما، بل يجعل في حق غيرهما كأنه أخذ بجهة أخرى، ولأن اليد لا تسلم له من كل وجه، وإنما تسلم له من وجه، إلا أن السلامة من وجه ألحقت بالسلامة من كل وجه إذا حصل بفعله واختياره، ولا اختيار له هنا، فلا يتقوّم عليه، ويجعل في حق من له القصاص كأنها سقطت.

ولو أن من عليه القصاص في اليد عَدَا على قوم ليأخذ أموالهم، فضربوه، فانقطعت يده، لا شيء له عليهم[2]، لأنه لما عدا عليهما بطلت عصمته في حقهم، ولهذا لو قتلوه كان هدرا، فكذا طرفه، ولا شيء عليه لوليّ القصاص، لأنه ما قُضِي بطرفه حقا عليه، وإنما قطعت يده على الإباحة.

وكذا لو قتل رجلا عمدا، فدفع إلى وليّ القتيل[3] ليقتله، فضربه، وقطع يده، ثم عفا عن النفس، لا يغرم القاتل الأول لصاحب اليد شيئا.

أما عند أبي حنيفة؛ فلأن يده قطعت ظلما حتى يجب له الأرش على الثاني، فلم يكن قاضيا بطرفه حقا عليه، وعند أبي يوسف ومحمد[4] حق وليّ القتيل يثبت في الأطراف تبعا لا قصدا، فلم يصر قاضيا بطرَفه حقا عليه، إلا أن ثبوت الحق في الطرف تبعا يمنع وجوب الأرش على وليّ القصاص في النفس.

---

(١) "اليد" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «الجوهرة النيّرة» ٢/ ٢٢٣.

(٣) "القتيل" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د): "عندهما".

وكذا لو ارتدّ من عليه القصاص[1] في الطرف ـ والعياذ بالله ـ فقطعت يده بإذن الإمام، أو بغير إذنه، ثم أسلم المرتدّ، لا يغرم المرتد شيئا، لأنه ما قضى بطرفه حقا عليه، وإنما قطعت يده على الإباحة.

وكذا لو قطع الطريق، وقتل، ولم يأخذ المال، فأمر الإمام بقتله[2]، فضربه رجل[3] وقطع يده، لا شيء على القاطع[4]، لأن الإمام أبطل عصمة نفسه فتبطل عصمة أطرافه، ولا يغرم من عليه القصاص شيئاً[5] لوليّ اليد، لأنه ما قضى حقا عليه.

وكذا لو زنى وهو محصن، فأمر الإمام برجمه[6]، فقطع رجل يده، لا يغرم شيئا، ولا شيء لوليّ القصاص على القاطع الأول، لأنه ما قضي بطرفه حقا عليه.

ولو أن الذي عليه القصاص في الطرف قَطَعَ الطريق، وأخَذَ المالَ، وقَتَلَ، كان الإمام بالخيار عند أبي حنيفة، إن شاء قطع يده ورجله من خلاف، ثم قتله، وإن شاء قتله[7]، ولا يقطع.

فإن قطع يده ورجله، ثم قتله، وترك مالا، كان لمن له القصاص في الطرف أرش

---

(١) «بدائع الصنائع» ٧/ ٢٥٣.

(٢) «الجوهرة النيّرة» ٢/ ٢٢٣.

(٣) قوله: "فضربه رجل" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د) "عليه".

(٥) "شيئا" ساقط من (ج) و (د).

(٦) «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٩.

(٧) «الجوهرة النيّرة» ٥/ ٢٢٣.

الطرف في ماله، لأن القاضي[1] قضى في فصل مجتهد فيه، فنفذ قضاؤه، فيصير قاضيا بطرفه حقا عليه، فيغرم الأرش في ماله مؤجلا، فإذا مات يبطل التأجيل، فيؤخذ الأرش من ماله.

ولو رأى الإمام أن يقتله، ولا يقطع يده ورجله، فأمر بذلك، فقطع رجل يده، لا يغرم من عليه القصاص في الطرف لوليّ القصاص شيئا، لأن القاضي لما قضى بالقتل لم يصر قطع اليد حدّا، فلم يصر قاضيا حقا عليه بل مات هدرا.

وكذلك مرتدّ قطع يد رجل عمدا فقتل بالردّة، أو قطعت يده، لا يغرم لوليّ اليد شيئا، لأنه لم يُقض[2] بطرفه حقا عليه.

ثم استشهد محمد رحمه الله، فقال: ألا ترى أن رجلا لو قطع يميني[3] رجلين عمدا، ثم ارتدّ - والعياذ بالله - فقتل بالردّة، لم يكن للمقطوع يمينهما إلا دية واحدة في ماله.

ولو قطعت يمينه لأحدهما ثم قتل بالردّة، كان للثاني الذي لم تقطع يده دية كاملة، لأن في الوجه الأول ما قضى بيده حقا عليه، فبطل حقهما أصلا لفوات محله، بقي حقهما في دية واحدة، أما إذا قطعت يده بأحدهما فقد أوفى حق أحدهما، فبقيت دية اليد للآخر.

ولو سرق قبل الردّة، ثم ارتدّ، - والعياذ بالله - [4] فقَطَعَ الإمام يدَه في السرقة،

---

(١) في (ج) و (د) " لأنه قضى في ".

(٢) في (ج) و (د) " لأنه ما قضي ".

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٧.

(٤) " والعياذ بالله " لم يثبت في (ج) و (د).

كان[1] لكل واحد من صاحبي القصاص في اليد دية يد[2] كاملة، لأنه قضى بطرفه حقا عليه، فيغرم لكل واحد من صاحبي القصاص[3] دية يد كاملة.

رجل قتل رجلا عمدا، فقتل ظلما أو حدّا، أو رجما أو قصاصا برجل آخر، لا يجب[4] شيء لوليّ القصاص في ماله، والفرق بين النفس والطرف ما قلنا.

وأشار في الكتاب إلى حرف آخر فقال: في النفس الواحدة وفاء بالحقين، ألا ترى أنهما لو حضرا و قتلاه، كان كل واحد منهما مستوفيا كل حقه حتى لا يقضى لهما بشيء، فإذا قتله أحدهما فإنما تعذّر على الآخر استيفاء حق لغيبته[5] لا لصرف محل حقه إلى غيره، فلا يقضى له بالمال، أما الطرف الواحد يضيق عن الحقين.

ألا ترى أنهما لو قطعا لا يكون كل واحد[6] منهما مستوفيا كل حقه حتى يقضى لهما بدية اليد، فإذا قطعت يده بأحدهما، فإنما تعذّر على الآخر استيفاء حقه لمعنىً من جهة مَن عليه بصرف محل حقه إلى غيره، فانقلب حقه مالا.

ـ والله أعلم ـ

(١) "كان" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "يد" ساقط من (ج) و (د).

(٣) قوله: "من صاحبي القاص" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "يجب" ساقط من (ج) و (د)، وثوبته أصح.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٥، و«الجوهرة النيّرة» ٢/ ١٦٤.

(٦) «الجوهرة النيّرة» ٢/ ١٦٥.

باب من الورثة والموصى له الذي يدّعي بعضهم القتلَ عمدا وبعضهم خطأ ويدعي بعضهم شركة بعض

بنى الباب على أصول:

منها: أن الإقرار حجة في حق المقرّ، فيعامَل بإقراره كأنَّ[1] ما أقرّ به حق.

والثاني: أن الحق يختلف باختلاف السبب.

والثالث: أن الموصى له بالثلث لا حقّ له في القصاص[2]، وله الحق إذا انقلب مالا، لأن حقه ثبت بالوصية، والوصية تناولت المال، والقصاص إذا انقلب مالا يكون للميت كسائر أمواله، يقضى منه ديونه، فيتعلق به الوصية.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل مات عن ابنين، وأوصى لرجل بثلث ماله، فأقام أحد[3] الابنين البينةَ أن فلانا قتل أباه عمدا، وأقام الآخر البينة أن فلانا آخر قتله خطأ، فإنه لا قصاص.

أما على المشهود عليه بالخطأ فظاهر، وكذا الآخر، لأن القتل مما[4] لا يتكرر،

---

(١) راجع للتفصيل «مجلة الأحكام العدلية» ص ٣١١.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٩، ص ٧.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

(٤) "مما" ساقط من (ج) و (د).

فصارت شهادة شهود الخطأ شبهة في حقه.

ثم المسألة بعد ذلك[١] على وجوه: إما إن صدّق الموصى له بالثلث مدعي الخطأ أو مدعي العمد أو كذّبهما، أو قال لا أدري.

فإن صدّق مدّعي الخطأ، يقضى له ولمدّعي[٢] الخطأ بثلثي الدية على عاقلة القاتل في ثلاث سنين، لأن مدّعي الخطأ أثبت كل الدية على العاقلة بين الابنين والموصى له أثلاثا، إلا أن مدّعي العمد لما أنكر ذلك[٣] فقد أبطل حق نفسه عما وجب له على العاقلة، فبقي حق الآخرين.

ويقضى لمدّعي[٤] العمد على المشهود عليه بالعمد بثلث الدية في ماله في ثلاث سنين، لأن مدعي العمد[٥] أثبت القودَ لنفسه، وللابن الآخر؛ لأنه لا حق للموصى له فيه، إلا أن مدّعي الخطأ لما أنكر ذلك، فقد أبطل نصف القود، وصار[٦] كأنه عفا، فانقلب النصف الباقي مالا، فيتعلق به حق الموصى له، لأنه مال الميت وجب بدلا عن ذمته، فيكون للموصى له ثلث هذا النصف[٧]، وهو سدس الدية، وثلثا النصف لمدّعي العمد،

---

(١) "بعد ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

(٣) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

(٥) قوله: "مدعي العمد" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "صار" ساقط من (ج) و (د).

(٧) "هذا النصف" ساقط من (ج) و (د).

إلا أن الموصى له لما صدق مدّعي الخطأ فقد أبطل حقه عن هذا السدس[1] بتصديق مدّعي الخطأ، ولأنه لا يستحق أكثر من ثلث الدية، وقد أخذ ذلك عن عاقلة الآخر، فيبطل السدس عن المشهود عليه بالعمد، يبقى عليه ثلث الدية لمدّعي العمد.

ولو كان الموصى[2] له صدّق مدّعي العمد فلمدّعي الخطأ ثلث الدية على عاقلة الخاطئ في ثلاث سنين لما قلنا، ولمدّعي العمد والمولى له نصف الدية في مال العامد في ثلاث سنين، السدس للموصى له، والثلث لمدّعي العمد، لأن مدّعي العمد أثبت القود بينه وبين الابن الآخر، إلا أن مدّعي الخطأ أبطل نصفه، فانقلب النصف مالا بينه وبين الموصى له أثلاثا، لأن حق الابن ضعف حق الموصى له.

[وإن كذّب الموصى[3] له الابنين][4]، لا شيء له، لأنه لما كذّبهما فقد زعم أنه مات حتفَ أنفه، فيعامل بزعمه، ولا يقضى له بشيء، ويقضى لمدّعي العمد بثلث الدية في مال القاتل، ويقضي[5] لمدّعي الخطأ بثلث الدية على عاقلة الخاطئ لما قلنا.

[وإن صدّقهما[6] الموصى له][7] فكذلك، لأن في تصديقهما تكذيبهما، لأن كل

---

(١) "هذا السدس" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

(٤) كان في الأصل: "وإن قال الموصي له: كذبت الابنين"، والمثبت من (ج) و (د)، وهو أوضح.

(٥) "يقضي" ساقط من (ج) و (د).

(٦) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

(٧) في الأصل: "وإن قال الموصي له: صدقت الابنين"، وما أثبت من (ج) و (د).

فريق شهدوا بقتل تفرديه المشهود عليه، وقتل الواحد لا يتكرّر، فكان في تصديقهما تكذيبهما ضرورةً.

ولو قال الموصى له: "لا أدري[1] قتل عمدا أو خطأ"، فحق الابنين ما قلنا، ويقال للموصى له: لا شيء لك حتى تدّعي أحد الأمرين، لأن الواجب له أحد الشيئين، إما ثلث الدية على عاقلة الخاطئ، أو سدس الدية في مال العامد، والقضاء بالمجهول، وبدون الطلب متعذّر، فلا يقضى له بشيء.

فإن صدق أحدهما بعد ذلك صح[2] تصديقه[3]، ويقضى له بما قلنا، ولا يبطل حقه بقوله "لا أدري" لجواز أن يشتبه عليه، أو لا يدري ثم علم بعد ذلك، فيثبت في الكلام تحرّزا عن الكذب والخطأ، ولا يكون ذلك تكذيبا لأحدهما.

كرجل قال لغيره: لك عليّ ألف درهم، فقال المقرّ له: "لا أدري"، كان له أن يصدّقه بعد ذلك، وكذا لو قال: لي على فلان ألف درهم، وأنت شاهد به، فقال الشاهد: "لا أدري"، ثم شهد بعد ذلك[4]، جازت شهادته، ويحمل ذلك على علم حادث، كذلك هنا.

ولو كان[5] مكان الموصى له ابن آخر، والمسألة بحالها، فهذا والأول سواء إلا في خصلة، إذا صدق الابن الثالث مدّعي العمد يقضى لهما بثلثي الدية في مال العامد، لأن

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

(٣) "تصديقه" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "بعد ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

الابن الثالث يستحق القصاص كما يستحق المال، بخلاف الموصى له، ففي زعمهما أن القود كان بينهما أثلاثا إلا أن مدّعي الخطأ أبطلَ حقه، وانقلب نصيب الباقين مالا، وذلك ثلثا الدية.

ثم في[1] هذه[2] المسائل لو تَوَى ما على العاقلة، ولمدعي الخطأ[3] خرج ما كان لمعدي العمد في مال العامد[4]، أو على العكس، لم يكن لمن توى نصيبُه أن يشارك الآخر، لأن حقهما مختلف لاختلاف المحل والوقت والسبب، فإن حق أحدهما في مال العامد، وحق الآخر على العاقلة، وسبب أحدهما عمد، والآخر خطأ، وهما غيران، وفي الخطأ تجب الدية كما وجد القتل، وفي العمد لا يجب المال إلا بعد سقوط القصاص[5]، وباختلاف أحد هذه الأسباب يختلف الحق، فباختلاف الكل أولى، فلا يشارك أحدهما صاحبه.

كعبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من زيد، وباع الآخر نصيبه من عمرو أو من زيد، فقبض أحدهما شيئا لا يشاركه الآخر.

وكذا لو ادّعيا العمد والخطأ على رجل لا عاقلة له، فقبض أحدهما، لا يشاركه الآخر، لأن السبب مختلف، وإن اتّحد المحل.

---

(١) "في" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧، وقال: كذا في شرح الزيادات للعتابي.

(٣) "لمدعي الخطأ" ساقط من (ج) و (د).

(٤) قوله: "كان لمدعي العمد في مال العامد" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "القصاص" ساقط من (ج) و (د)، وفيهما: "القود".

وكذا لو ادعيا جراحةً لا يستطاع فيها القصاص، وأرشها دون أرش الموضحة[1]، فإن[2] ادّعى أحدهما أنه كان عمدا، وبرأ، ثم مات، وادّعى الآخر أنه كان خطأ، فإن القاضي يقضى[3] بأرش الجناية نصفين في مال الجاني[4] حالا، لأن ما دون ارش الموضحة لا يكون على العاقلة ويكون في مال الجاني حالاً[5] وهو بمنزلة ضمان الأموال، فإن قبض أحدهما شيئا لا يشاركه الآخر، لأن سبب حقهما مختلف باختلاف العمد والخطأ، فيختلف الحق.

قال: ألا ترى أن أحد الابنين لو أقام البينة أنه كان لأبيهما على هذا الرجل ألف درهم من قرض[6]، وأقام الآخر البينةَ أنه كان لأبيهما على هذا الرجل[7] ألف درهم من ثمن جارية باعها، وسلّمها إليه[8]، وتصادقا أنه لم يكن لأبيهما على هذا الرجل إلا ألف درهم، فقضى لكل واحد منهما بخمسمائة، ثم قبض أحدهما شيئا، لا يشاركه الآخر، لأن السبب مختلف، وكل واحد منهما يُنكر ما يدّعيه الآخر.

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٩.

(٢) "إن" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "فإنه يقضي".

(٤) في (ج) و (د): "ماله".

(٥) من قوله: "لأن ما دون ارش" إلى قوله: "مال الجاني حالاً" ساقط من (ج) و (د).

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٩٦.

(٧) "الرجل" ساقط من (ج) و (د).

(٨) "إليه" ساقط من (ج) و (د).

وهذا[١] بخلاف ما لو وقع الاختلاف بين[٢] المقرّ والمقرّ له في سبب الحق، لأن هناك لا يثبت السبب، أما هنا كل واحد منهما أثبت السبب بالبينة، فيتحقّق الاختلاف في الواجب.

والله أعلم بالصواب[٣]

---

(١) "وهذا" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "اختلف".

(٣) "والله أعلم بالصواب" ساقط من (ج) و (د).

شرح الزيادات

للإمام محمد بن الحسن الشيباني ١٣٢هـ - ١٨٩هـ

تأليف

الإمام الفقيه فخر الدين حسن بن منصور بن محمود الأوزجندي الفرغاني

المعروف بقاضي خان المتوفى ٥٩٢هـ

تحقيق وتعليق

فضيلة الأستاذ الدكتور قاسم أشرف نور أحمد

المجلد الخامس

كتاب الوصايا - الكفالة - الحوالة

دار إحياء التراث العربي
بيروت - لبنان

كتاب الوصايا[1]

باب الولد يدّعيه الرجلان ما يجوز لأحدهما عليه وما لا يجوز

(١) "الوَصايا" جمع الوصية، وهي في اللغة اسم بمعنى المصدر الذي هو التوصية، ومنه قوله تعالى: ﴿حين الوصية﴾ أوصى الرجلَ ووصّاه، عهد إليه، يقال: أوصيت أى فرضت إلى زيد لعَمرو بكذا، فهو موصي، وذلك وصيّ، ويقال له: الموصى إليه، وموصى له، والمال موصى به، يقال: أوصى فلان لفلان بكذا.

وشرعًا: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، قال صاحب الاختيار: وهي طلب فعل يفعله الموصى إليه بعد غيبة الموصي أو بعد موته، فيما يرجع إلى مصالحه، كقضاء ديونه والقيام بحوائجه، ومصالح ورثته من بعده، وتنفيذ وصاياه وغير ذلك. اللباب بشرح الكتاب ٤/ ١٦٧، جامع الرموز ٤/ ٥٩٤، بدائع الصنائع ٧/ ٣٧٨، طلبة الطلبة ٣٤٢، المغرب ص٦.

ولقد تناول مؤلفوا ال كتب الفقهية في كتاب الوصايا ثلاثة موضوعات:

الأول: أحكام الوصية بمعناها الاصطلاحي، وهي إثبات الحق لغيره في تركته بعد موته.

الثاني: التبرعات المنجزة في مرض الموت كالهبة والوقف والكفالة والمحاباة، فهذه لايتناولها اسم الوصية إلا أنها تأخذ حكم الوصية بعد موت المريض من حيث اعتبارها من الثلث.

الثالث: الإيصاء، وهو إقامة الإنسان غيره مقام نفسه بعد موته للنظر والتصرف في شئون تركته وأولاده، وقد جرى العرف على تسمية هذا النوع من العقد "إيصاء" أو "الوصاية"، وعلى تسمية التمليك "وصية"، ويتعدّى الأول بـ "إلى" والثاني بـ "اللام"، كما يسمّى الشخص الذي أسندت إليه هذه المهمة بـ: الموصَى إليه أو الوصِيّ.

من البيع والشراء وغيره

بنى الباب على أصول:

أحدها: أن الاستواء فى الحجّة يوجب الاستواء فى الاستحقاق[1].

ومنها: أن الوصيّ يتصرف بحكم التفويض، وانتقال ولاية الموصي إليه، فتعتبر ولاية الموصى وقت [الإيصاء][2] إليه.

ومنها: أن أحد الوصيّين لا ينفرد بالتصرف عند أبى حنيفة ومحمد[3] إلا فى أشياء

---

(١) تتضح هذه القاعدة بكلام الحَصيري فقال: إن المساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق، لأن الاستحقاق بحكم السبب، والتساوي في السبب يوجب التساوي في الحكم، كالشراء والقَرابة والهبة وغيرها من الأسباب. «التحرير» ق ٥/ ٤٩١. "وهذه قاعدة فقهية جليلة تبين مدى ارتباط الأحكام بأسبابها، وتُقرّر أن الاستواء في الحجة أو العلّة يوجب الاستواء في الاستحقاق، لأن هذا مقتضى العدل الذي قرّره التشريع الحكيم في أحكامه". انظر تفريعات هذه القاعدة في: «القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير شرح الجامع الكبير» الذي استخرجها وقدّم لها الدكتور علي أحمد الندوي، ص ٤٠٩. ويُرجع إلى: «المبسوط» ٥/ ١٧٠، ١٧/ ٣٥، ٢٣/ ١٧٢، ٢٦/ ١٤٠، و«فتح القدير» ١٠/ ٢٤٦، وكشاف القناع للبهوتي ٦/ ٣٣.

(٢) وفي الأصل: وقت الانتقال إليه. والمثبت من (ج) و (د)، وهو أولى.

(٣) يجوز تعدّد الأوصياء عند الفقهاء، فيجوز أن يوصي لاثنين بلفظ واحد مثل: "جعلتكما وصيين"، أو بلفظين، ولايجوز لأحدهما الإنفراد بالتصرف، سواء أكان التعيين بعقد واحد أو بعقدين مختلفين، وهذا باتفاق الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، فليس لأحد الوصيين الإنفراد بالتصرف إلا بتصريح الموصي بجواز الإنفراد، لأن الموصي لم يرض إلا بتصرفهما،

معدودة: شراء الكفن، وتوابعه، وشراء مالا بدّ للصغير منه نحو الطعام والكسوة، وقبول الهبة للصغير، وتنفيذ الوصية المعينة، وعند بعض الناس وغير المعينة أيضا، وقضاء الدين، وردّ الودائع، والخصومة[1]. وزاد بعض أصحابنا: وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف.

وعند أبي يوسف ينفرد أحد الوصيين[2] بالتصرف في كل شيء[3].

وانفراد أحدهما يخالف ذلك، وعليهما التعاون في التصرفات، فلايستقل أحدهما بالتصرف إلا بتوكيل. يرجع للتفصيل: «مختصر اختلاف العلماء» ٥/ ٧٦، و«الجامع الصغير» ص ٥٣٠، و«المبسوط» ٢٨/ ٢١، والدر المختار مع «ردّالمحتار» ٥/ ٤٤٩. و«الشرح الصغير» للدردير ٤/ ٦٠٧٨، و«المهذب» للشيرازي ١/ ٤٦٣، و«مغني المحتاج» ٣/ ٧٧، و«كشاف القناع» للبهوتي ٤/ ٤٣٨.

(١) نصّ عليه الإمام محمد في «الجامع الصغير»، وروى الحسن عن زفر مثل قول أبي حنيفة، وذكر الإمام الطحاوي رواية ابن سماعة عن محمد: في رجل يوصي إلى رجلين، قال: ليس لأحدهما أن يفعل شيئا دون صاحبه إلا في ستة أشياء، يجوز له ما يجوز للوارث أن يفعله إلا في خصلتين: يجوزان له ولا يجوز للوارث: النفقة على الصغار في الطعام والكسوة التي لابد منها فإن ذلك يجوز له، ولا يجوز للوارث أن يفعله، وجوّز له شراء الكفن وقضاء الدين عنه، وإنفاذ وصيته فيما أوصى به من صدقة أو نحوهما، أو شيء لرجل يدفعه إليه من غير شركة بينه وبين قوم، ويكون خصما فيما يدعي على الميت، فأما غير ذلك من شراء وبيع، فلا. انظر: «مختصر اختلاف العلماء» ٥/ ٧٦، و«الجامع الصغير» مع النافع الكبير، ص ٥٣٠، و«المبسوط» ٢٨/ ٢١، و «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص، تحقيق: سائد محمد يحي بكداش، ٢/ ٥٤٩.

(٢) وفي (ج) و (د): أحدهما.

(٣) انظر: «الجامع الصغير» ص ٥٣٠، و «مختصر اختلاف العلماء» ٥/ ٧٦.

ومنها : أن وصيّ الأب مقدم على الجدّ عندنا ، خلافا لمالك[1].

(١) سوق الكلام بإجماله الشديد يُوهِم أن المالكية يُقدّمون الجدّ على وصيّ الأب ، و ليس الأمر كذلك ، وما قصده الشارح أيضا ، فلذا يقتضي بنا المقام التفصيل في ذلك ، فنقول : إن الفقهاء اختلفوا في ترتيب الأولياء على المال كالتالي :

ذهب فقهاء الحنفية الى أن ولي الصبى ومن في حكمه كالمجنون والمعتوه ، أبوه ، ثم وصي الأب بعد موت الأب ، ثم وصي وصي الأب ، ثم الجد الصحيح ـ احترازا عن الجد الفاسد وهو أبو الأم ـ ثم وصي الجد ، ثم وصي وصيه ، ثم القاضي ، ثم وصي القاضي . ويستفاد من هذا الترتيب أنه لا ولاية للجد مع وصي الأب ولا للقاضي مع الجد أو وصيه ، وأما من عدا الأصول من العصبة ، كالعم والأخ ، أو من ذوى الأرحام كالأم ووصيها فلا تصح ولا يتهم على مال الصبى .

ولقد علّلوا هذا الترتيب بأن الولاية تثبت على الصغار باعتبار النظر لهم ، وشفقة الأب فوق شفقة الكل ، وشفقة وصيّه فوق شفقة الجد ؛ لأنه مرضيّ الأب ومختاره ، فكان خلَف الأب في الشفقة ؛ وخلف الشيء قائم مقامه كأنه هو ، وشفقة الجدّ فوق شفقة القاضي ، لأن شفقته تنشا عن القرابة ، والقاضي أجنبي ، ولا شك أن شفقة القريب على قريبه فوق شفقة الأجنبي ، وكذا شفقة وصيه ، لأنه مرضيّ الجد وخلفه ، فكانت شفقته مثل شفقته . والولاية على هذا الترتيب ضرورة ، لأن ترتيب الحكم يكون على حسب ترتيب العلة ، وليس لمن سوى هؤلاء من الأم والأخ والعم وغيرهم ولاية التصرف على الصغير في ماله . لأن الأخ والعم قاصرا الشفقة ، وفي التصرفات تجرى جنايات لا يهتم لها إلا ذوالشفقة الوافرة ، والأم وان كان لها وفور الشفقة ، لكن ليس لها كمال الرأي لقصور عقل النساء عادة ، فلا تثبت لهن ولاية التصرف في المال ولا لو صيهن ، لأن الوصي خلف الموصى قائم مقامه ، فلا يثبت له إلا قدر ما كان للموصي ، وهو قضاء الدين والحفظ فقط . راجع «مختصر الطحاوي» ، ص ١٦٣ ، «مختصر اختلاف العلماء» ، ٥/ ٦٨ ، «ردّالمحتار» ٥/ ١٥١ «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٤٦ ، «تبيين الحقائق» ٢/ ٣٢ ، الأشباه

ومنها: أن وصيّ الأم لا يملك التصرف عندنا[1]، خلافا للشافعي.

رالنظائر لابن نجيم، ص١٦٠.

وعند فقهاء الشافعية الولي على الصغير هو أبوه إن كان عدلا، فإن لم يوجد أو كان ممن لا يصلح للنظر، فالولاية للجدّ، فإن لم يكن أب ولا جدّ، نظر الوصي من قبلهما، فإن لم يكونا ولا وصيّهما، فهل تستحق الأم النظر؟ فيه رأيان: الأول: تستحق النظر في مال ولدها، لأنها أحد الأبوين، الثاني: وهو المذهب أن لا وصاية لها، كولاية النكاح، بل النظر إلى القاضي. مغني المحتاج ٣/ ١٧٣، نهاية المحتاج ٤/ ٣٧٣، المجموع ١٣/ ٣٤٥.

وذهب فقهاء المالكية والحنابلة إلى أن الولي أصالة على الصغير هو الأب الرشيد، لا الجد ولا الأخ ولا العم إلا بإيصاء الأب. ثم يليه وصي الأب لأنه نائبه فأشبه وكيله في الحياة، ثم الحاكم عند عدمهما، لأن الولاية انقطعت من جهة القرابة، فثبتت للحاكم. انظر: «المدونة» للإمام مالك ٦/ ٩. بلغة السالك ٢/ ١٣٠، حاشية الدسوقي ٣/ ٢٩.

بعد هذا العرض نلاحظ أولا: أن الفقهاء أجمعوا على أولوية الولاية للأب، لأنه موفور الشفقة على ولده وأكثر الناس حرصا على مصلحته وأنظرهم لماله. ثانيا: الحنفية والشافعية يتفقون في اعتبار الولاية للجد، إلا أن الشافعية يرون تفضيل الجد على وصي الأب، خلاف الحنفية، وإن الحكمة من أسبقية الولاية إلى وصي الأب عند الحنفية هو أن اختيار الموصِي له مع علم الأب بوجود الجد، قوي الدلالة على أنه يأنس في الوصي الكفاية، وأنه يريد أن يُنيبه منابه، ولما كان الأب مفضلا عن الجد فكذا من ينوب عنه. ثالثا: إن المالكية والحنابلة لا يرون انتقال الولاية إلى الجد، وإنما تنتقل إلى وصيّه ثم إلى وصي وصيه ثم إلى القاضي، ويعلّلون حرمان الجد من الولاية بأن الجد لا يُدلي بنفسه إلى الصغير، وإنما يدلي بالأب الأدنى، فلم يل مال الصغير كالأخ.

(١) قال أبو جعفر الطحاوي: لم يكن للأم والأخ ولاية في مال الصغير، كذلك وصيهما، وقد اتفقوا على أن وصيهما لا يتصرف فيما لم يرثه الصغير عنهما. وعلّله الجصاص بأنهم لا يملكون

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: جارية بين رجلين جاءت بولد، فادّعياه، ثبت النسب منهما، خلافا للشافعي.

له: أن القاضي يتيقّن بكذب أحدهما، لأن سبب الأبوّة الانخلاق من مائه، والانخلاق من مائهما لا يتصور، فإذا تيقّن كذب أحدهما، وليس أحدهما بأولى من الآخر، بطل كلا مهما[1].

ولنا: ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما: أنهما قضيا بالنسب لهما في مثل هذه الصورة[2]، ولأن الانخلاق أمر باطن لا يمكن الوقوف عليه، فبنينا الأمرَ على الحجة،

التصرف على الصغير، لأن كل واحد منهما قائم مقام الميت الموصي، والميت لم يكن يملك التصرف على الصغير، فوصيّه أحرى أن لايملك. انظر: «مختصر اختلاف العلماء» ٥/ ٧١، و «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص، ٢/ ٥٥٧.

وكذا هذا الحكم في وصي الأخ والعم والخال والخالة، وكل ذي رحم محرم فحكمه حكم وصي الأم. راجع «جامع أحكام الصغار» ٢/ ١٩٥.

(١) "كلا مهما" ساقط من (ج) و (د).

(٢) كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه متشدّدا في أمر النسب، وكان يحرص على أن يلحق الأبناء بآبائهم، فإذا وطئ رجلان أمة واحدة في طهر واحد، وادّعى الولد كل من الرجلين، فإنه يُريه القافةَ، فمن حكمت له القافة، كان الولد له، فإن ألحقوه بكلا الرجلين، فإن عمر قَضى بالولد لهما وجعله بينهما، ففي مصنف عبد الرزاق وغيره «أن رجلين ادّعيا ولدا، فدعا عمر القافةَ، فرأوا شبهه فيهما وشبههما فيه، فقال عمر: هو بينكما ترثانه، ويرثاكما». «مصنف عبد الرزاق» ٧/ ٣٦٠، «مصنف ابن أبي شيبة» ٢/ ١٨٧، ورواه البيهقي في السنن الكبرى وصحّحه، ١٠/ ٢٦٤، ورواه الإمام مالك في المؤطاء ٢/ ٢١٥، والطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ١٦٢،

وقول كل واحد منهما حجة يثبت به النسب عند الانفراد، فكذلك عند الاجتماع.

ثم أحكام النسب على نوعين:

أحدهما: يقبل التبعيض، وهو التصرف فى المال.

والثانى: لا يقبل، وهو ولاية الإنكاح، فما يقبل التبعيض يثبت لهما، وما لا يقبل يثبت لكل واحد منهما، كما فى الأخوين ونحو ذلك.

فلو أنهما أعتقا الجارية، واكتسبت أكسابا، ثم ماتت، ورثها هذا الولد.

فإن أوصت إلى رجل، كانت الوصاية فى مال الولد حفظا وتصرفا للأبوين دون وصيّ الأم، لأن وصيّ الأم قائم مقام الأم، والأم لا تملك التصرف في مال الصغير، فكذا وصيّها[1].

وكذلك الحفظ لأنه تبع للتصرف، يثبت لمن كان[2] له ولاية التصرف.

فإن باع وصيّ الأم شيأ من التركة لاينفذ بيعه[3] حال حضرة الوالدين، وإن كانا غائبين جاز بيع وصيّ الأم في المنقول دون العقار[4]؛ لأن وصيّ الأم يملك حفظ ما تركت الأم حال غيبة الوالد، لأن الحفظ من حقوق الميت حتى لو ظهر دَين يقضى من التركة،

والإمام الشافعي في الأم ٦/ ٢٤٧.

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٥/ ٧١، «جامع أحكام الصغار» ٢/ ١٩٥.

(٢) "كان" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "بيعه" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «جامع أحكام الصغار» ٢/ ١٩٥.

وعسى يكون حفظ الثمن أيسر من حفظ العين[١]، فكان بيع المنقول من الحفظ، أما العقار محفوظ بنفسه لا يَرِد عليه التوى والتلف فلا يملك بيعه[٢].

ويكون وصيّ الأم كوصيّ الأب على الكبير الغائب[٣]، يملك الحفظ وما كان من توابعه[٤]، ولا يملك سواه.

فإن قيل: المودع لا يملك بيع المنقول وإن كان يملك الحفظ.

قلنا: لأن المودع فوّض إليه الحفظ، وأستبقى حق البيع لنفسه. أما الميت فوّض الأمر إلى وصيّه، وأقامه مقام نفسه مطلقا فافترقا.

---

(١) قوله: "من حفظ العين" ساقط من (ج) و (د).

(٢) لأن العقار محصون بنفسه، ويصعب الاستيلاء عليه مقارنة بالمنقول. وانظر «جامع أحكام الصغار» ٢/ ١٩٤.

(٣) ذكر الإمام الاستروشني أن الوصيّ نوعان: قوي وضعيف، فالقويّ: وصيّ الأب ووصيّ وصيّه، والضعيف: وصيّ الأم، وحكم الوصي الضعيف على الصغير كحكم الوصي القوي على الكبير الغائب، يبيع منقول الصغير، لأنه قائم مقام الأم والأخ والعم، ولهم الحفظ دون التصرفات، وإنما يملك الوصي الضعيف هذا القدر من التصرف عند عدم الوصي القوي، أما حال وجود الوصي القوي فلايملك التصرف في مال الصغير أصلا. «جامع أحكام الصغار» ٢/ ١٩٤.

(٤) ليس للوصي الضعيف سوى القيام بمصالح موصيه، كتنفيذ الوصية وقضاء الدين ونحوه، ولايكون لوصي الأم ولاية الشراء على سبي التجارة إلا شراء ما لابدّ لليتيم من كسوة أو نفقة. «جامع أحكام الصغار» ٢

ولو كان أُحد الوالدين حاضرا دون الآخر[1] لا يجوز بيع وصيّ الأم في العقار، ويجوز فيما سواه عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف لا يجوز بيعه في شيء، فعندهما غيبة الوالدين[2] كغيبتهما.

وعند أبي يوسف[3] حَضرة أحدهما كحضرتهما بناءً على أن أحد الوالدين، وأحد الوصيّين عندهما لا ينفرد بالتصرف، وعند أبي يوسف[4] ينفرد.

لأبي يوسف أن الوصيّ يتصرف بحكم انتقال ولاية الموصى إليه، لا بحكم النيابة؛ لأنه يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصى، ولهذا لو جعله وصيّا في شيء يصير وصيًا في جميع الأشياء، وولاية الموصى لا تتجزّأ فيه، فينفرد كل واحد منهما بالتصرف كالوكيلين بالهبة والابراء، ولهذا ينفرد في الأشياء المخصوصة، وكلامه في الأبوين أظهر، لأن سبب الولاية لأبوين[5] النسب، والنسب ثبت لكل واحد منهما حتى يرث من كل واحد من الأبوين ميراث ابن كامل، ولهذا ينفرد كل واحد منهما[6] بالتزويج.

ولأبي حنيفة ومحمد: في الوصيّين: أن الميّت رضي برأيهما لا برأي أحدهما، فلا ينفرد أحدهما بالتصرف، كالوكيلين بالمبادلة ومولّيي العتاقة.

---

(١) وفي (ج) و (د): " ولو غاب أحد الأبوين".

(٢) " الوالدين" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وفي (ج) و (د): " وعنده".

(٤) " أبي يوسف" ساقط من (ج) و (د).

(٥) " لأبوين" ساقط من(ج) و (د).

(٦) من قوله: " حتى يرث من كل واحد" ساقط من (ج) و (د).

وفي الأبوين: سبب الولاية النسب، والأب في الحقيقة أحدهما، ولهذا يرثان منه ميراث أب واحد، فلا يجوز تصرف أحدهما لاحتمال أن يكون الأب هوالآخر.

فعندهما إذا كان لا[1] ينفرد أحدهما بالتصرف كان غيبة أحدهما كغيبتهما، وعند أبي يوسف لما كان ينفرد أحدهما بالتصرف كان حضرة أحدهما كحضرتهما، فلاتثبت الولاية لوصيّ الأم، وإنما ينفرد أحد الوصيّين با لتصرف بشراء الكفن وتوابعه؛ لأن ذلك من باب الحسبة لا من باب الولاية، ولهذا لا يملكه الرفيق في السفر.

وكذا شراء ما لابدّ للصغير منه وبيعه؛ لأنه لو لم ينفرد به أحدهما يموت الصبيّ جوعا وعطشا، فكان من باب الضرورة.

وأما قضاء الدين، بأن أستهلك الصبي مال إنسان وردّ الودائع، فلأن لصاحب المال أن يأخذ ماله، ولصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه أن يأخذ، فلم يكن ذلك[2] من باب الولاية، وقبول الهبة والقبض إنفاع محض للصغير، ولهذا يملكه الملتقط على اللقيط، فأحد الوصيّين أولى.

وينفرد أحدهما بالخصومة عن الصغير فيما يدعى له و يدعى[3] عليه، لأن في اجتماعهما شغبا، وأنه يخلّ بالمقصود[4]، ولهذا ينفرد له أحد الوكيلين، فأحد الوصيّين أولى. وتنفيذ الوصيّة المعينة وإعتاق العبد الموصى بعتقه؛ لأنه لا يحتاج إلى الرأي

---

(١) "كان لا" ساقط من في (ج) و (د).

(٢) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "يدعى" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د) : "بالخصومة".

والمشورة.

قال أبو بكر الرازي : أحد الوصيّين ينفرد بتنفيذ الوصيّة وإن لم تكن بعينها؛ لأنه ليس فيه بدل[١]، فينفرد أحدهما.

وما ينفرد به أحد الوصيّين ينفرد به أحد الأبوين، لما ذكر في الوصيين[٢]، بل أولى؛ لأن حالهما فوق حال الوصيّين.

وينفرد بالتزويج أيضا، لأن كل واحد منهما أثبت الأبوّة، وولاية التزويج مما لا يتجزأ، فتثبت لكل واحد منهما مجملا، ولأن هذا من الحوائج اللازمة، فكان بمنزلة[٣] الكسوة والطعام.

ولا يكون له خيار البلوغ، فأما إذا زوجاه، فلأن النكاح صدر من الأب، وأما إذا زوّجه أحدهما؛ لأنا حكمنا بصحة هذا النكاح[٤]، فإن كان أبا لايثبت فيه خيار البلوغ، وإن لم يكن يثبت فلا يثبت بالشك.

ولا ينفرد أحدهما بالبيع والشراء والقسمة، كما لا ينفرد به أحد الوصيّين، وكذلك اقتضاء الدين، لأنه مبادلة؛ لما عرف أن الديون تُقضى بأمثالها لا بأعيانها[٥].

---

(١) وفي (ج) و (د): "لابدل فيه".

(٢) قوله: "لما ذكر في الوصيين" ساقط من (ج) و (د).

(٣) قوله: "فكان بمنزلة" ساقط من (ج) و (د).

(٤) قوله: "هذا النكاح" ساقط من (ج) و (د).

(٥) انظر قاعدة: "الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها" في «المبسوط» ١١/ ٤١، و«الهداية» بشرحه «فتح القدير» ٧/ ٣٤٢.

فإن مات أحد الأبوين، وترك مالا، وأوصى إلى رجل، كانت الولاية في مال الصغير حفظا وتصرفا للأب الحيّ، دون وصيّ الأب الذي مات، ووصيّ الأم؛ لأنه لما مات أحد الوالدين[1] تعيّن الآخر للأبوّة[2]، لقول عمر رضي الله عنه: «وهو للباقي منكما»[3]، وأراد به أحكام النسب، ولأنه لما كان أحدهما[4]، زالت مزاحمته، فتعيّن الآخر لانتفاء المزاحم.

فإن غاب الوالد الباقي، فحفظ ما تركت الأم، وبيع ما سوى العقار من تركتها يكون لوصيّ الأم، وحفظُ ما ترك الوالد الميت[5]، وبَيع ما سوى العقار من تركته لوصيّه؛ لأن ذلك من حق الميت.

ولو مات الوالد الباقي، وترك مالا، وأوصى إلى رجل، فوصيّه أحق بجميع ذلك حفظا وتصرفات غيره، لأن الوصي قائم مقام الموصي، والوالد الباقي حين مات كان أحق

---

(١) وفي (ج) و (د): "أحدهما".

(٢) "للأبوّة" ساقط من (ج) و (د).

(٣) إشارة إلى ما سبق من آثار عمر وعلي رضي الله عنهما، أما قوله: "وهو للباقي منكما" فالصحيح أنه قول عليّ رضي الله عنه، وروى سمّاك عن مولى بني مخزومة، قال: وقع رجلان على جارية في طهر واحد، فعلقَت الجارية، فلم يدر من أيّهما هو، فأتيا عمرَ، يختصمان في الولد، فقال عمر: ما أدري كيف أقضي في هذا؟ فأتيا عليّاً، فقال: «هو بينكما، يرثكما وترثانه، وهو للباقي منكما». رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ١٦٤.

(٤) قوله: "لما كان أحدهما" ساقط من (ج) و (د).

(٥) وفي (ج) و (د): "ترك الأب".

بجميع ذلك[1] فكذلك وصيّه.

وكذا لو كان الوالد الأول مات[2]، وترك أبا، كان وصيّ الوالد[3] الباقي أولى من الجد؛ لأن ولاية الموصى انتقلت إليه فقام مقامه. وحال حياة الموصى لا تُثبت الولاية للجد فكذا بعده.

وكذا لو مات هذا الوصيّ، وأوصى إلى غيره كان وصيّه أولى لأنه قائم مقام الأول[4].

ولو مات الوالد الثاني ولم يدَع وصيًا، أو مات وصيّه ولم يوص إلى غيره، والوالد الأول كان أوصى إلى رجل، وترك أبا، فالجد أحق بمال الصغير حفظا وتصرفا من وصيّ الوالد الأول، ومن وصيّ الأم، لأن وصيّ الوالد الأول قام مقام الوالد الأول، [وهو ما][5] كان ينفرد بالتصرف عند الإيصاء، فكذا وصيّه، ويكون وصيّه بمنزلة وصيّ الأم، ووصيّ الأب على الكبير الغائب، أما الجد يتصرف بحكم النسب لا بطريق[6] الإنابة والتفويض.

ولو مات الوالدان أحدهما بعد صاحبه، وترك كل واحد منهما أبا، وأوصى إلى

---

(١) من قوله: "حفظا وتصرفات غيره" سقطت العبارة في (ج) و (د).

(٢) وجاء في (ج): "وكذا لو مات الأول".

(٣) "الوالد" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "الأول" ساقط من (ج) و (د).

(٥) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د).

(٦) وفي (ج) و (د): "بحكم".

غيره كان وصيّ الذي مات آخرا أولى من الكل.

ولو مات الوالد الثاني، ولم يوص إلى غيره، أو مات وصيّه ولم يوص إلى غيره كانت الولاية للجدّين جميعا[1]، لا يقدّم أحدهما على الآخر.

فرق بين الجدّين وبين الوصيّين، في الوصيين يعدم وصي الوالد الذي مات آخرا على وصي الأول، وفي الجدين لايعدم، بل يشتركان في الولاية[2].

[والفرق][3] ما ذكرنا أن الوصيّ يتصرف بحكم انتقال ولاية الموصى إليه، والأب الباقي وقت الايصاء كان ينفرد بالتصرف، فيثبت ذلك لوصيّه، أما الجد [يتصرف][4] بحكم النسب، فقد أستويا في العلة، فقام الجدّان في النسب مقام الابوين، فتثبت الولاية لهما جميعا[5].

[وينفرد أحد الأبوين بقبول الهبة وقبضها][6].

ولو وهب لهذا الغلام هبة في حق الوالدين، فقبل أحدهما، صحّ قبوله، وكذا إذا قبض[7].

---

(١) "جميعا" ساقط من (ج) و (د).

(٢) سقطت عبارة طويلة من قوله: "في الوصيين يعدم" في (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

(٤) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د).

(٥) "جميعا" ساقط من (ج) و (د).

(٦) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د).

(٧) سقطت هذه الفقرة كلها من (ج) و (د).

وكذا لو وهب له أحد الأبويين شيأ، وأعلم، وأشهد جاز في قيأس قولهم، لما ذكرنا أن نبول الهبة يستغني عن الولاية[1] حتى يصح من الملتقط، والأم، والمحجور.

ولو مات الوالدان معا، أو أحدهما قبل صاحبه، ولا يدرى أيهما مات أولا، وأوصى كل واحد منهما إلى رجل، كانت الولاية للوصيّين جميعا[2]، لأنه إذا لم يعرف الأول كان من له الولاية مشتبها، فقام الوصيّان مقامهما، وكان حكمهما حكم الأبوين، وإن عرف الآخر فوصيّه أولى؛ لأنه قائم مقام الموصي.

وهذا بخلاف ما إذا مات رجل، وأوصى إلى رجلين، فمات أحدهما، لايتصرف أحدهما حتى يجعل له القاضي ذلك، أو ينصب معه وصيا[3] آخر، وفي الأبوين إذا مات أحدهما ينفرد الآخر بالتصرف.

والفرق أن كل واحد من الأبوين أثبت سبب الولاية، وهو النسب، وكانت[4] المشاركة باعتبار المزاحمة، فإذا مات أحدهما[5] زالت المزاحمة بالموت، وتعيّن الآخر لأحكام النسب.

أما في الوصيّين سبب الولاية التفويض، والموصي رضي برأيهما، لا برأي أحدهما، فإذا مات أحدهما فات رأيه، فلا يتصرف الآخر ما لم يطلق له القاضي ذلك، أو

---

(١) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): "لا يفتقر إلى الولاية".

(٢) "جميعا" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وفي (ج) و (د): "وليا آخر"، وهو خطأ.

(٤) "كانت" ساقط من (ج) و (د).

(٥) قوله: "مات أحدهما" ساقط من (ج) و (د).

ينصب وصيًا آخر معه ليقوم الثاني مقام الأول.

ولو جنّ أحد الأبوين جنونا مُطبِقا كانت الولاية للآخر؛ لأن الجنون المطبِق[1] يبطل أهلية التصرف، ويقطع[2] الولاية[3]، فكان بمنزلة الموت[4].

---

(١) "الجنون": عرّفه الجرجاني بقوله: «الجنون هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا»، وعرّفه أبو البقاء الكفوي بأكثر وضوح بأنه: اختلال القوة المميزة بين الزمور الحسنة والقبيحة، المدركة للعواقب، بأن لاتظهر آثارها وتتعطّل أفعالها، إما لنقصان جُبِل عليه دماغه في أصل الخلقة، وإما لخروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خَلط أو آفة، وإما لاستيلاء الشيطان عليه، وإلقاء الخيالات الفاسدة إليه، بحيث يَفرح ويَفزع من غير ما يصلح سببا. «التعريفات» ص ١٠٧، «الكليات» ص ٣٤٩.

والجنون على قسمين: ١ـ الجنون المطبِق، بكسر الباء، أي الممتدّ والدائم، ومنه الحمى المطبقة: أي الدائمة التي لاتفارق ليلا ولا نهارا، والامتداد عبارة عن تعاقب الأزمنة، وليس له حدّ معين فقدروه بالأدنى، وهو أن يستوعب الجنون وظيفة الوقت، وهو اليوم والليلة في الصلاة وجميع الشهر في حق سقوط الصوم. ولذا قالوا في المجلة: "المجنون المطبَق": هو الذي يستوعب جنونه جميع أوقاته، و"المجنون غير المطبَق" هوالذي يكون في بعض الأوقات مجنونا، ويفيق في بعضها. المادة: ٩٤٤. أما في حق التصرفات، فاختلف الفقهاء في تحديد الوقت الذي يلزم ليعدّ الجنون فيه جنونا مطبقا إلى عدة أقوال، والقول المفتى به هو تحديده بالشهر، كما صرّح به قاضي خان وابن عابدين. راجع «الكليات» ص ٣٥٠، «ردّالمحتار» ١/ ٥١٦، «فتح القدير» ٦/ ١٢٦، «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ٩/ ٥٨٥.

(٢) في (ج) و (د): "ويبطل".

(٣) ذكر في مجلة الأحكام العدلية أن المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز. (المادة: ٩٧٩)، وتصرفات المجنون غير المطبق في حال إفاقته كتصرفات العاقل. (المادة: ٩٨٠). وانظر:

ولو كان يجنّ ويفيق، لاينفرد الآخر بالتصرف؛ لأنه بمنزلة الإغماء[1]، لايقطع الولاية حتى لا يولى عليه، فلا تزول مزاحمته، وبقيت الولاية لهما.

والله أعلم

«درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ٩/ ٦٢٨، و«كشف الأسرار» للبخاري، ٢/ ١٣٨٣، و«التلويح على التوضيح» ٢/ ١٦٧، «التقرير والتحبير» ٢/ ١٧٣.

(٤) اتفق الفقهاء على عزل الوصي وبطلان الولاية بالموت والجنون والفسق، لاستحالة التصرف بالموت، وعدم المصلحة في الجنون والفسق. انظر: «ردّالمحتار» ٥/ ٤٩٥، المهذب ١/ ٤٦٣، الشرح الصغير ٤/ ٦٠٦، كشاف القناع ٤/ ٤٤٠.

(١) "الإغماء": هو تعطّل القوى المدركة المحركة حركة إرادية بسبب مرض يعرض للدماغ أو القلب، وهو يشبه النوم في تعطيل العقل، إلا أن النوم عارض طبيعي، والإغماء غير طبيعي، فيكون حكمهما واحدا في التصرفات، وهو إلغاؤها وبطلانها لا نعدام القصد عند المغمى عليه، وباعتبار أنه مرض يمنع فهم الخطاب، فيؤثر تأثيرا أكثر من النوم، ولذا جعله الفقهاء ناقضا للصلاة في كل حال. انظر: «أصول السرخسي» ٢/ ٣٣٩، «كشف الأسرار» للبخاري، ٢/ ١٣٩٨، و«التلويح على التوضيح» ٢/ ١٦٩، «التقرير والتحبير» ٢/ ١٧٩.

باب ما يجوز من وصيّة المسلم والذمّي والكافر وما يتقرّب به إلى الله تعالى وما لا يجوز

بنى الباب على: أن جعل المسلم دارَه مسجدا جائز[١] لازم إذا تمّ شرطه[٢]، وكذلك الوقف في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

وفي قول أبي حنيفة لا يلزم الوقف إلا أن يكون وصيّة، أو مضافا إلى ما بعد الموت، أو يقول: "في حياتي وبعد مماتي"، أو يتصل به قضاء القاضي. وهي معروفة في الأصل[٣].

---

(١) انظر رد المحتار ٣/ ٣٦٠، ٣٦٩.

(٢) يتحقّق الوقف عند الإمام أبي يوسف بمجرد القول، لأنه بمنزلة الإعتاق عنده، وقال محمد لايتحقق الوقف إلا بأربعة شروط، فصّله الحصكفي وابن عابدين، ويتلخّص فيما يلي:
١- أن يكون الواقف حرا مالكا، فلا يصح وقف العبد، ولايصحّ وقف مال الغير، ولا يصح وقف الغاصب المغصوب، إذ لابد في الواقف أن يكون مالكا له وقت الوقف ملكا باتّا، ولو بسبب فاسد. ٢- أن يكون الواقف عاقلا، فلا يصحّ وقف المجنون. ٣- أن يكون الواقف بالغا، فلا يصح وقف الصبي سواء كان مميزا أم غير مميز. ٤- أن يكون رشيدا غير محجور عليه بسفه أو فلس أو غفلة، ولو بالوليّ. راجع «بدائع الصنائع» ٦/ ٢١٩، «رد المحتار» ٣/ ٣٥٩، ٣٦٠.

(٣) الوقف جائز غير لازم عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما الوقف جائز لازم، وعليه الفتوى. يرجع للتفصيل رد المحتار ٣/ ٣٥٨.

وجمع في الباب بين تصرف المسلم، والذمي، والمرتد، وكل ذلك على وجوه ثلاثة: إما أن يكون في الصحة، أو في المرض، أو مضافا إلى ما بعد الموت[١].

وبدأ الباب بالمسلم فقال رحمه الله: مسلم جعل داره مسجدا في صحته جاز، ولو مات لا تورث عنه، أما الجواز لقوله تعالى: ﴿إنما يعمر مساجد الله﴾[٢] الآية، الله تعالى حثّنا على عمارة المساجد فاقتضى جوازه وإذا تمّ لا يكون له أن يوصى[٣].

وإن مات لا يورث عنه، لأنه تحرّر عن حقوق العباد، قال الله تعالى: ﴿وأن المساجد لله﴾[٤]، أضاف المساجد إلى ذاته المتعالية، مع أن سائر الأشياء له، فاقتضى ذلك انقطاع حق العباد عنه، ألا ترى أن "الكعبة" لما جعلت بيتا لله تعالى خرجت من أن تكون محلا لحق العباد، فكذلك [سائر][٥] المساجد.

ولهذا لا يصح شرط الخيار في المسجد بخلاف الوقف على قول أبي حنيفة، لأن الوقف: "حبس العين على ملكه، والتبرع بالمنفعة"[٦]، لأن لفظ الوقف يُنبئ عن

---

(١) نقل قاضى خان فى "فتاواه" عن الإمام أبى بكر محمد بن الفضل أن الوقف على ثلاثة أوجه: إمّا أن يكون فى الصحّة، أو فى حالة المرض، أو وقف بعد الموت. انظر (فتاوى قاضى خان ٤/ ٧٢٦)

(٢) ﴿إنما يعمر مساجد الله مَن آمن بالله واليوم الآخر﴾ سورة التوبة، الآية: ١٨.

(٣) قوله: "وإذا تمّ لا يكون له أن يوصى" ساقط من نسخة (ج).

(٤) تمام الآية: ﴿وَأَنَّ المَسَاجِدَ لله فَلا تَدعُو معَ اللهِ أحَدًا﴾ سورة الجن، الآية: ١٨.

(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج).

(٦) كذا عرّفه الحصكفي وزاد فقال في تعريفه: «هولغة الحبس، وشرعا حبس العين على حكم ملك الواقف والتصدق بالمنفعة، ولو في الجملة». انظر الدر المختار مع رد المحتار ٣/ ٣٥٧.

الحبس[1]، يقال: "أوقف الدابة" إذا أمسكها على مكانها، بخلاف المسجد، إلا أن عند محمد[2] لا يتم المسجد ما لم يصل الناس فيه بجماعة، وعند أبي يوسف إذا بناه على هيئة المسجد، وأذن للناس بالصلاة[3] فيه، وأبانه عن أملاكه يصير مسجدا وإن لم يصل فيه[4].

وعن أبي حنيفة فيه روايتان: روى الحسن عنه أنه لا يصير مسجدا ما لم يصل فيه بجماعة، وفي رواية إذا صلى فيه واحد يصير مسجدا.

فإن خرب ما حول المسجد، وأستغنى النأس عنه يعود إلى ملك الباني، أو ملك[5] وارثه عند محمد[6]، وعند أبي يوسف لا يعود.

---

(١) قال المطرّزى فى "المغرب": وقفه: حَبَسه وقفًا، ومنه: وقف دارَه أو أرضه على ولده، لأنه حَبسُ الملك عليه، وقيل للموقوف: وقف تسمية بالمصدر. (المغرب فى ترتيب المعرب للإمام اللغوى أبى الفتح ناصر الدين المطرّزى ٢/ ٣٦٦)

(٢) فى "الهداية" وعن محمد: أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد بنى لذلك فى الغالب. كتاب الوقف ٢/ ٦٢٤، وانظر رد المحتار ٣/ ٣٦٩، ٣٧٠.

(٣) بالصلاة ساقط من (ج) جاء فى العبارة فى (ج).

(٤) ولا يشترط الصلاة عند أبى يوسف لصيرورته مسجدًا، بل يكفى مجرد الإبانة عن ملكه، لأن التسليم (بالصلاة) عنده ليس بشرط؛ لأن الوقف إسقاط ملك العبد فيصير خالصًا لله تعالى بسقوط حق العبد. الهداية: كتاب الوقف ٢/ ٦٢٤، فتح القدير والعناية ٥/ ٦٢، فتاوى قاضى خان: كتاب الوقف ٤/ ٧١١، رد المحتار ٣/ ٣٦٩، ٣٧٠.

(٥) ملك ساقط من (ج).

(٦) وعند محمد يعود إلى ملك البانى أو إلى وارثه بعد موته؛ لأنه عيّنه لنوع قربة وقد انقطعت،

واختلف المشايخ في قول أبي حنيفة: منهم من ذكر قوله مع محمد، ومنهم من ذكر قوله مع أبي يوسف.

لأبي يوسف أنه تحرر عن حقوق العباد، وصار لله خالصا فلا يعود إلى المالك، كما لو أعتق عبده، ولأنه لما صار مسجدا تعلق به حق العامة، فاستغناء البعضِ لايعيده إلى المالك.

لمحمد أنه أزال ملكه إلى الله تعالى لجهة مقصودة، فإذا انقطعت تلك الجهة يعود إلى ملكه، كالمحصر إذا بعث بالهدي، ثم زال الإحصار قبل الذبح فإنه يعود إلى ملكه، يصنع به ما يشاء.

وكذا لو بسَط حصيرا، أو حشيشا في المسجد، أو علق قنديلا، ثم استغنى الناس عنه، فإنه يعود إلى ملكه[1].

وكذا لو كفن ميتا ثم افترسه سبع يعود إلى ملكه.

وأبو يوسف يقول: بأن الهدي لم يزل عن ملكه، بل يذبح على ملكه حين يذبح، وكذلك الكفن لم يخرج عن ملكه، وإنما تبرع بالمنفعة. وأما الحشيش، والقنديل، والحصير[2] لا يعود إلى ملكه بل يحول إلى مسجد آخر، أو يباع، ويصرف عنه إلى مصالح المسجد.

وعند أبي يوسف يبقى مسجداً لأنه إسقاط منه فلا يعود إلى ملكه. (الهداية: كتاب الوقف ٥/ ٦٤، فتح القدير ٥/ ٦٤، العناية ٥/ ٦٤.

(١) انظر فتوى قاضي خان ٥/ ٧١٣، طبعة نولكشور.

(٢) والحصير ساقط من (ج).

هذا إذا جعل داره مسجدا في صحته، فإن جعل في مرضه، إن كان يخرج من ثلث ماله فكذلك؛ لأن ثلث ماله خالص حقه، قال عليه الصلاة والسلام: «إن اللهَ تعالى تصدّقَ عليكم بثلثِ أموالكم، في آخر أعماركم، زيادةً على أعمالكم»[١].

وإن لم يخرج من الثلث، وأجازت الورثة فكذلك؛ لان المانع حق الورثة، وقد زال، وإن كان لا يخرج من الثلث، ولم تجز الورثة يكون ميراثا عنه، ولا يكون مسجدا، لأن حق الورثة بقي في الثلثين، ومع بقاء حق الورثة[٢] لا يخلص لله تعالى؛ لأن ما من موضع يصلى فيه إلا ولهم حق المنع من الصلاة، وعن هذا قلنا إذا جعل السفل مسجدا دون العلو[٣]، أو العلو دون السفل، أو جعل وسطَ داره مسجدا، وأذن بالصلاة فيه، أو

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه من حديث أبي هريرة بلفظ: قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله تصدّقَ عليكم عند وفاتكم، بثلثِ أموالكم، زيادةً لكم في أعمالكم»، كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، الحديث: ٢٧٠٩، والحديث حسن لشواهده، أخرجه البيهقي ٦/ ٢٦٩، والبزار في مسنده، كلهم من حديث أبي هريرة، وأخرجه أحمد في مسند القبائل من حديث أبي الدرداء، الحديث: ٢٦٢١٠، ج٦/ ٤٤٠، وأخرجه الدارقطني في سننه من حديث معاذ بن جبل ص ٤٨٨، وكذلك الطبراني في معجمه، كما أخرجه الطبراني من حديث خالد بن عبيد أيضا، كما في نصب الراية ٤/ ٤٠٠.

(٢) الورثة ساقط من (ج).

(٣) وروى الحسن عنه (أبى حنيفة) أنه قال: إذا جعل السفل مسجدًا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد؛ لأن المسجد مما يتأبّد، وذلك يتحقق فى السفل دون العلو، وعن محمد على عكس هذا، وعن أبى يوسف أنه جوّز فى الوجهين حين قدم بغداد، ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة، وعن محمد أنه حين دخل الرأى أجاز ذلك كلّه لما قلنا. (الهداية ٢/ ٦٢٤ كتاب الوقف، فتح

جعل مسجدا تحته سِرْداب[1]، لا يصير مسجدا[2].

قال: أرأيت لو صار الثلث مسجدا دون الثلثين، واحتيج[3] إلى المهاياة[4] يكون[5] مسجدا يوما، ويومين إصطبلا، وذلك قبيح. أرأيت لو جعل الكل مسجدا ثم استحق منه[6] جزء من ألف جزء، أما كان يخرج الباقي من أن يكون مسجدا.

فرق بينه وبين المريض إذا وهب داره، وليس له مال غيرها، ولم تجز الورثة فإنه تجوز الهبة في الثلث، وتنقض في الثلثين[7]، ولو أستحق جزء من ألف جزء تبطل الهبة في

القدير ٥/ ٦٣، العناية ٥/ ٦٣.

(١) السِرداب: المكان الضيّق يُدخل فيه، والجمع: سَرَاديب. «المصباح المنير» ص ٢٧٣.

(٢) قال المرغيناني: ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس. «الهداية» ٢/ ٦٢٤.

(٣) كذا في الأصل، وفي (ج): واحتجّ، وهو خطأ.

(٤) "المهايأة"، وتجوز قراءتها المهاياة، بتبديل الهمزة ألفًا، وهي عبارة عن تقسيم المنافع، كإعطاء العقار على انتفاع أحد الشريكين سنة، ولآخر كذلك، قال السيد الجرجاني: "هي قسمة المنافع على التعاقب والتناوب"، وجاء في المجلة: المهايأة: عبارة عن قسمة المنافع. المادة: ١١٧٤. انظر: «التعريفات» ص ٣٠٣، مجموعة قواعد الفقه ص ٥١٦. ويرجع لتفصيل أحكام المهاياة إلى «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١٠/ ١٩١.

(٥) وفي (ج): ويصير.

(٦) منه ساقط من (ج).

(٧) «فتح القدير» ٨/ ٤١٦.

الكل فى فصل الهبة[1].

فرق بين الأستحقاق وبين النقض لحق الورثة: في الأستحقاق تبطل الهبة في الكل، وفي النقض لحق الورثة لا تبطل في الكل. وفي فصل المسجد سوّى بين الأستحقاق وبين النقض لحق الورثة، فقال: يبطل في الكل.

والفرق أن تصرفات المريض على نوعين: أحدهما يحتمل النقض بعد النفاذ، والآخر لا يحتمل، فما يحتمل النقض ينفذ في الحال ثم ينقض، وما لا يحتمل النقض يتوقف؛ لأن حال المريض[2] متردد بين أن يصح فينفذ تصرفه، وبين أن لا يصح[3] ويموت فينقض، ففيما يحتمل النقض نفذنا تصرفه؛ لأنه تصرف بحكم الملك، ولو ظهر تعلق حق الورثة يمكن التدارك بالنقض.

أما فيما لا يحتمل النقض لو نفذ في الحال، فإذا ظهر أن[4] تعلق حق الورثة كان متعلقًا به لا يمكن التدارك فتوقف، والهبة مما يحتمل النقض بعد النفاذ فينفذ في الكل، فإذا نقض بعد ذلك في الثلثين لحق الورثة كان شيوعا طارئا، وإنه لايبطل الهبة في الباقي.

أما المسجد لا يحتمل النقض بعد النفاذ بمنزلة الإعتاق فتوقف تصرفه، فإذا نقض في البعض لحق الورثة كان شيوعا مقارنا قبل النفاذ، فلا يصير مسجدا كما في الأستحقاق.

---

(١) قوله: "فى فصل الهبة" ساقط من (ج).

(٢) "المريض" ساقط من (ج).

(٣) "أن لا يصح" ساقط من (ج) وهو سقط.

(٤) وفى (ج): "تعلق حق الورثة"، وهو خطأ.

وإن أوصى بأن يجعل داره مسجدا بعد موته، فهذا وما لو فعل ذلك[1] في مرضه سواء إن كان يخرج من الثلث، أو أجازت الورثة [يجعل كله مسجدا، وإلا يجعل ثلثه مسجدا][2].

ذمّي جعل داره بيعة، أو كنيسة، ، أو بيت نار في صحته، ثم مات تكون ميراثًا[3] عنه في قولهم.[4]

أما عند أبي يوسف ومحمد فلا،[5] لأن هذه معصية فلا يجوز تقريرها[6].

وأما عند أبي حنيفة فلا، لأنه ما زال عن ملكه، لأن إزالة الملك عن الجمادات لا إلى مالك باطل، لأنه تسييب[7]، وقال الله تعالى: ﴿ما جعل الله من بحيرة﴾[8] الآية، ولهذا لو قال: "أزلت ملكي عن هذه العين"، أو "برئت عن هذا العين" لا يبطل ملكه.

---

(١) ذلك ساقط من (ج).

(٢) العبارة فى الأصل: "جعل الكل مسجدًا وإلا فلا" والمثبت من (ج ود).

(٣) وفى (ج): "تورث عنه".

(٤) انظر «ردّالمحتار» ٥/ ٤٤٥.

(٥) وفى (ج ود): "فلأن بعده".

(٦) انظر بدائع الصنائع ٧/ ٣٤١.

(٧) أى ترك ملكه لعبادة غير الله تعالى، فإن أصحاب البِيَع والكنائس وبيوت النار هم مشركون، وفى "اللسان": سيّب الشىء: تركه، وسيّب الدابة أو الناقة أو الشىء تركه يسيب (يذهب) حيث يشاء ومنه السّائبة كما فى قوله تعالى: ﴿ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة﴾ المائدة: ١٠٣. (انظر لسان العرب ٦/ ٤٥٠، ومختار الصحاح ص٣٢٤)

(٨) سورة المائدة، الآية: ١٠٣.

وإذا بطلت الإزالة إما أن يعود إلى الحالة الأولى، أو يصير بمنزلة الوقف[1]، وعلى أيّ حال كان يكون ميراثا عنه، وعندهما لا يورث الوقف إذا لم يكن فيه معصية، أما إذا كان فيه معصية فلا.

وهذا بخلاف المسجد، لأنه إزالة إلى الله تعالى مع أن المسجد لا يزول عن ملكه إلا بالصلاة فيه، فلأن لا يزول ههنا، وما يفعله الذمي ليس بصلاة كان أولى.

وإن أوصى الذمي بوصيّة فنقول: وصايا الذمي على أنواع:[2]

إن أوصى بشيء من المعاملات جاز عند الكل؛ لأنه في حق المعاملات بمنزلة المسلم[3]، وإن أوصى بما هو من جنس القرب، فهو على وجوه أربعة:

إن أوصى بما هو قربة عندنا وعندهم كالصدقات، وعتق الرقاب وأن تغزى[4] الترك والديلَم[5] من[6] ثلث ماله، وهو من الروم صحت الوصية[7]؛ لأنها وصية بما هو

---

(١) يعنى أن هذه الوصية بمنزلة الوقف، والمسلم لو جعل دارًا وقفًا ثم مات، صارت ميراثًا، كذا د. (انظر بدائع الصنائع ٧/ ٣٤١)

(٢) انظر «ردّالمحتار» ٥/ ٤٤٥.

(٣) ذكر الفقهاء أن إسلام الموصى ليس بشرط لصحة الوصية، فتصحّ وصية الذمى بالمال للمسلم، والذمى فى الجملة، لأن الكفر لا ينافى أهلية التمليك، فكما يصح بيعه، تصح وصيته.
واستدل عليه الكاسانى بقوله عليه الصلاة والسلام: «فإذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين» وللمسلم أن يوصى مسلمًا أو ذميًا كذا لهم، وسواء أوصى لأهل ملته أو لغير أهل ملته لعموم الحديث. (انظر بدائع الصنائع ٧/ ٣٣٥ و٣٤١)

(٤) أغزَاه: جَهَّزه للغَزْو، غَزَوتُ العدوَّ، ورجل غازٍ. (مختار الصحاح ص٤٧٤)

(٥) فى الأصل: الديالم. و"الديلَم": من قرى أصبهان بناحية خرجان، والنسبة إليها "ديلمَان" بلغة

قربة عندنا وعندهم، لو فعلها المسلم يصح، فكذا إذا فعلها الذمي[1].

والثاني: إذا أوصى بما هو معصية عند الكل، كالوصيّة للنائحة، والزانية والمغنية، إن أوصى بذلك لقوم بأعيانهم صحت، وإلا فلا[2]؛ لأنها معصية عند الكل، فكان المقصود الصلة بطريق التمليك، والتمليك من المعلوم صحيح[3]، ومن المجهول باطل[4]، لأنه لا تتم بدون القبول، والقبول من المجهول لا يتصور.

والثالث: إذا أوصى بما هو طاعة عندنا معصية عندهم، كالوصيّة ببناء المسجد، أو إسراج المسجد، أو الحج فكذلك، إن أوصى بذلك لقوم بأعيانهم يصح، وإلا فلا[5].

لأنها ليست بقربة في اعتقادهم، فكان مقصود الموصي التمليك، وبناء المسجد، وغير ذلك مشورة في ملك الغير.

الفرس. «معجم البلدان» ٢/ ٦١٤.

(٦) "من" ساقط في نسخة (ج).

(٧) انظر «ردّالمحتار» ٥/ ٤٤٥.

(١) لأن هذا مما يتقرّب به المسلمون وأهل الذمة. (انظر بدائع الصنائع ٧/ ٣٤١)

(٢) انظر «ردّالمحتار» ٥/ ٤٤٥.

(٣) وفي (ج): "يصح" مكان "صحيح".

(٤) وفي (ج ود): ومن المجهول لا، لأنه.

(٥) حكم الكاساني بإبطال هذه الوصية على الإطلاق، ولم يفصّل بين ما إذا أوصاها لقوم بأعيانهم أو لقوم بغير أعيانهم، وصنيع قاضي خان أولى، وهو اختيار ابن عابدين، فيصح تمليكا إذا كان لقوم بأعيانهم. انظر بدائع الصنائع ٧/ ٣٤١، «ردّالمحتار» ٥/ ٤٤٥.

وإن كانت لقوم بأعيانهم، وقبلوا ذلك، صحّ ذلك[1] ويصنعون به ما شاءوا، كما لو وهب لغيره شيئا، وقال: "وهبتك لتحجّ به" وما أشبه ذلك. وإن كانت لقوم بغير أعيانهم لا تصح[2].

والرابع: إذا أوصى بما هو معصية عندنا طاعة عندهم، كالوصيّة ببناء البيعة والكنيسة، وبيت النار، أو أوصى[3] أن يسرج به في البيعة أو الكنيسة، فإن كانت لقوم بأعيانهم صحت عندهم[4].

وإن كان لقوم[5] لا يحصون فكذلك في قول أبي حنيفة[6]، ولا يصح فى قول صاحبين.

لهما: أن هذه معصية فلا يجوز تقريرها[7]، وتعذر جعلها تمليكا لحالتهم

---

(١) ذلك ساقط من (ج).

(٢) لأنهم لا يتقربون به فيما بينهم، فكان مستهزئًا فى وصيته، والوصية يبطلها الهزل. (بدائع الصنائع ٧/ ٣٤١)

(٣) "أوصى" ساقط من (ج).

(٤) انظر «ردّالمحتار» ٥/ ٤٤٥.

(٥) وفى (ج) و(د): وإن كانوا لا يحصون.

(٦) وفى (ج) و (د) : فكذلك عند أبى حنيفة.

(٧) كذا فى الأصل، والعبارة فى (ج ود): "وعندهما لا تصح، لأنها وصيّة بالمعصية فلا يجوز تقريرها".

فتبطل[1].

ولأبي حنيفة: أن الوصيّة أوسع بابا من غيرها، يتحمّل فيها ما لا يتحمل في غيرها، حتى لا يصح تمليك المعدوم إلا بطريق الوصيّة، فيجب تصحيحها بناء على اعتقادهم[2]، كما لو أوصى للذمي[3] بثلث ماله، وهو خمر أو خنزير، هذا كما قال أبو حنيفة: المسلم إذا وقف داره ثم مات تورث عنه[4]، ولو كان الوقف موصى به لا تورث عنه[5].

ثم سأل في الكتاب على نفسه سؤالا فقال: إذا أوصى بما يتقرب به إلى الله تعالى كيف [يصح][6] ذلك منه، وهو يعتقد المسيح إلهاً، ثم أجاب عن هذا[7] فقال: تبنى الأحكام على ما يظهرون لا على ما يضمرون، ألا ترى أنه لو ذبح، وسمّى تحل ذبيحته، ولو أظهر ما في اعتقاده، وسمّى المسيح لا تحلّ.

---

(١) لضابط عندهما فى ذلك أن الوصية بالمعاصى لا تصح. (انظر بدائع الصنائع ٧/ ٣٤١)

(٢) فالضابط عند الإمام أبى حنيفة رحمه الله أن المعتبر فى وصيتهم ما هو قُربة عندهم، لا ما هو قربة حقيقة، لأنهم ليسوا من أهل القربة الحقيقية، ولهذا لو أوصى بما هو قربة عندنا وليس بقربة عندهم لم تجز وصيته، كما سبق فى النوع الثالث، فدل أن المعتبر ما هو قربة عندهم، وقد وُجد، وقد أمرنا أن نتعرّض لهم فيما يدينون، كما لا نتعرّض لهم فى عبادة الصليب وبيع الخمر والخنزير فيما بينهم. (انظر بدائع الصنائع ٧/ ٣٤١)

(٣) وفى (ج): أوصى لذمّى.

(٤) كذا فى "بدائع الصنائع ٧/ ٣٤١.

(٥) "عنه" ساقط من (ج).

(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج).

(٧) "عن هذا" ساقط من (ج).

ولو أن رجلا دخل في بعض هذه الأهواء فأوصى بوصايا، فحكمه حكم المسلم، يجوز منه مّا يجوز من المسلم سواء كان هوى يُكفّر أهلها أولا.

أما إذا كان لا يكفّر فظاهر، وأما إذا كان هوى[1] يكفّر؛ لأنه يدعي الإسلام، وينتحل إلى ملة الإسلام، ولم يسمّ نفسه بغيره، فيعامل بظاهره كما نعاملهم في البياعات، والشهادات، والأنكحة، والصلاة عليهم، والدفن في مقابر المسلمين، ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعرف المنافقين، كما قال الله تعالى: ﴿وَلَتَعرِفَنَّهُم في لحنِ القَول﴾[2]، ويُعاملهم بظاهر الإسلام، ويترك باطنهم إلى دار الآخرة.

ولو أن مسلما ارتدّ إلى النصرانية أو إلى اليهودية، فأوصى بوصايا قال: ما يجوز من المسلم، ومن أهل دينه الذي انتقل إليه يجوز منه، وما لا فلا[3].

وعند أبي حنيفة إن أسلم يجوز منه ما يجوز من المسلم، و إن قتل على ردته، أو مات، أو لحق بدار الحرب، وقضي القاضي[4] [بلحاقه][5] بطل في الكل، بناءً على أن تصرفات المرتد نافذة عندهما، موقوفة عند أبي حنيفة[6].

---

(١) "هوى" ساقط من (ج).

(٢) تمام الآية: ﴿ فلعرفتَهُم بسيمَاهُم ولَتَعرفَنّهم في لَحنِ القَول ﴾، سورة محمد، الآية: ٣٠.

(٣) انظر: «الهداية» و«فتح القدير» ٨/ ٤٨٨، و«ردّالمحتار» ٥/ ٤٤٦.

(٤) "القاضي" ساقط من (ج).

(٥) "بلحاقه" زيادة من (ج).

(٦) وهذا ينبني على أن الأصل عند الإمام أبي حنيفة أن ملك المرتد يزول بنفس الردة زوالا موقوفا، وعندهما لايزول ملكه ما لم يقض القاضي بلحوقه بدار الحرب. فعلى هذا يتفرّع حكم تصرفات

فإذا توقّف ما باشره بنفسه في قول أبي حنيفة، فَلأن يتوقف الوصيّة، وإنها مضافة إلى ما بعد الموت كان أولى.

وعندهما إذا فعل شيئا يجوز من أهل دينه ينفذ، فكذا إذا أوصى به.

وأما المرتدة إذا أوصت بشيء قال محمد: وصيتها[1] جائزة إلا بما تقربت به إلى ربها في الدين الذي انتقلت إليه لقوم بغير أعيانهم، فإنه لا يحفظ عنه في ذلك شيئا،

وقياس قوله[2] أن تكون كالذمية، يجوز منها ما يجوز من الذمية، وأما عندهما: فالصحيح أنها كالذمية[3]، ما لا يجوز من الذمية عندهما لا يجوز منها، لأن تصرفات المرتدة نافذة لا تردد فيها، ولا نصّ عنهما في وصيّتها بالخمر والخنزير.

والله أعلم بالصواب[4]

المرتد وعقوده عندهم. انظر «تأسيس النظر» للدبوسي ص ٤٩.

(١) وفي (ج) و(د): هي جائزة.

(٢) أي قول الإمام أبي حنيفة رحمه الله.

(٣) انظر: «العناية» و«فتح القدير» ٨/٤٨٨، و«ردّ المحتار» ٥/٤٤٦.

(٤) كذا في الأصل، وقوله: "والله أعلم بالصواب" ساقط من (ج).

باب من الكفارات في الحج إذا حجّ الرجل عن الرجل

الأصل فيه أن الدماء التي تجب في الحج أنواع أربعة[1]:

منها: ما يجب بطريق النُسُك[2] كدم المتعة، والقران.

ومنها: ما يجب جزاء ارتكاب المحظور، كقتل الصيد؛ وحلق الرأس، ولبس المخيط، والطيب، والطواف على غير وضوء.

ومنها: ما يجب بترك شيء من أفعال الحج، كرمي الجمار ونحوه.

ومنها: دم الإحصار[3].

---

(١) ذكر صاحب "العناية" ثلاثة أنواع للدماء: دم نسك: كدم القران والتمتع، ودم جناية: كجزاء صيد ونحوه، ودم مؤنة: كدم الإحصار، «العناية» للبابرتي، على هامش الهداية ٢/ ٣١٧، تبين بذلك أن تقسيم قاضي خان أوضح وأشمل.

(٢) أي: بطريق أمور الحج، و"النُسُك" بضمتين: اسم مصدر، أصله العبادة، "نسَك لله" ينسُك، تطوّع بقربة، ومنه قوله تعالى: ﴿إن صلاتي ونسكي لله﴾، ثم أطلق على أمور الحج، منسك ومناسك، وقد تسمّى الذبيحة نُسُكا، يقال: من فعل كذا فعليه نسْك، أي دم يريقه بمكة. «المغرب» ٢/ ٣٠٠، «المصباح المنير» ص٦٠٣، «طلبة الطلبة» ص٦٥.

(٣) الإحصار لغة: المنع مطلقا، يقال: حَصَره العدو، وأحصرَه المرض، أي منعه، وفي المغرب: الحَصر: المنع، ويقال: أحصِر الحاج: إذا منعه خوف أو مرض من الوصول لإتمام حجه أو عمرته.

وجميعها يجب على الحاج[1]، وهو المأمور إلا دم الإحصار، فإنه يكون على الآمر، وفي مال المحجوج عنه[2] في قول أبي حنيفة ومحمد[3].

وقال أبو يوسف: دم الإحصار يكون[4] على المأمور أيضا، أما دم المتعة والقران؛ فلأنه وجب على المتمتّع بالنص شكرا، والمتمتّع هو الفاعل حقيقة، وللآمر ثواب النفقة، ولهذا كان بدل الدم وهو الصوم علي المأمور[5]، فكذلك الأصل.

والإحصار شرعا: "منع الخوف أو المرض من وصول المحرم إلى تمام حجته أو عمرته". انظر: «المغرب» ١/ ٢٠٧، «أنيس الفقهاء» ص١٤٣، «التعريفات» ص ٢٧ «طلبة الطلبة» ص ٧٩، و«فتح القدير» ٣/ ١٢٤.

(١) قال العتابي في أصل هذا الباب: إن دماء الحج كلها على المأمور، لأنه إما أن يجب شكرا أو زجرا، فالشكر على الحاج، لأنه هو الناسك، وكذلك ما يجب بطريق الزجر، لأن الجاني هو المأمور، إلا دم الإحصار لأن فيه خلاف. «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ١٢٨.

(٢) قوله: "وفي مال المحجوج عنه" ساقط من (ج) و (د).

(٣) والأصل فيه أن كل دم يجب على المأمور بالحج يكون على الحاجّ، لا فى مال الميت إلا دم الإحصار فى قول أبى حنيفة رحمه الله، فإنّ ذلك يكون فى مال الميت فى قول أبى حنيفة، وقال صاحباه: يكون على الحاجّ. فتاوى قاضى خان ١/ ١٤٤.

وفى "الهداية": "ودم الإحصار على الآمر، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: على الحاج لأنه وجب للتحلل، دفعًا لضرر امتداد الإحرام، وهذا الضرر راجع إليه، فيكون الدم عليه، ولهما أن الآمر هو الذى أدخله فى هذه العهدة فعليه خلاصه". انظر الهداية وفتح القدير ٢/٣١٦.

(٤) قوله: "دم الإحصار يكون" ساقط من (ج) و (د).

(٥) وفي (ج): عليه، بسقوط "المأمور".

وكـذا الواجب بالجناية على المأمـور، لأنه هو المرتفق والمرتكب لمحظور الإحـرام، وكذا ما وجب بترك شيء من أفعال الحج؛ لأن الأفعال وجبت عليه بالتزامه فكذا ما يكون بها لا عنها.

والحاصل: أن كل دم يدخل فيه الصوم فهو على الحاج، ودم الإحصار لايدخل فيه الصوم، فهو على الآمر في قول أبي حنيفة ومحمد، خلافا لأبي يوسف[1].

وجه قوله: إن هذا دم شرع للتحليل عن الإحرام، فيكون على من يرتفق بالتحليل كدم الحلق والتطيب، ولأنه بدل عن الطواف، والطواف عليه فكذلك البدل.

ولهما: أن هذا دم شرع للخلاص عن عهدة الإحرام، وهو في الإحرام موافق أمر آمره غير مخالف[2]، فكان إخراجه على من أدخله في العهدة[3]، ولهذا كانت نفقته في الرجـوع بعـد مـا أحـصـر على الآمـر؛ لأنه عـامل له في السـفـر، فكذلك هذا، كـدم الإحصار[4].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل أمر رجلا بأن يحج عنه، أو أوصى بذلك، ومات، فاحجّوا عنه رجلا، فأحرم

---

(١) سقطت العبارة من قوله: "ودم الإحصار لايدخل فيه" في (ج) و (د).

(٢) "غير مخالف" ساقط من (ج) و (د).

(٣) علّل المرغيناني قول الطرفين بقوله: "ولهما أن الآمر هو الذى أدخله فى هذه العهدة، فعليه خلاصه". «الهداية» ١/ ٢٧٨.

(٤) قوله: "كدم الإحصار" ساقط من (ج) و (د).

المأمور، ثم أحصر بعدوّ أو مرض، فدم الإحصار في مال المحجوج عنه،[1] لما قلنا.

قوله: "أمر رجلا أن يحج عنه"، تاويله أنه كان عاجزا، أو كان الحج[2] نفلا، أما حَجّة الإسلام هو واجب لا يجوز فيه النيابة إلا عند العجز[3].

والجملة فيه أن العبادات ثلاثة أنواع[4]:

منها: بدنية لا تعلق لها بالمال كالصوم والصلاة، فلا تجري فيها النيابة بحال.

ومنها: ما يتعلق بالمال كالزكاة والصدقات، يجوز فيها النيابة على كل حال.

ومنها: ما يتادّى بالبدن، ولها تعلق بالمال أيضا كالحج، تجوز فيها النيابة عند العجز، ولا تجوز عند القدرة؛ لأن لها حظًا من الشَبَهين، فكان حكمها بين حكمين.

هذا هو ظاهر مذهب أصحابنا[5]، فقد ذكر محمد رحمه الله فيمن يحج عن غيره

---

(١) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): "فالدم من مال الآمر".

(٢) "الحج" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ذكر الحصكفي في شروط الحج عن الغير: "حج الفرض تقبل النيابة عند العجز فقط، بشرط دوام العجز إلى الموت، لأنه فرض العمر، حتى تلزم الإعادة بزوال العذر". انظر «الدر المختار» بهامش «ردّالمحتار» ٢/ ٢٣٨.

(٤) قال المرغيناني: العبادات أنواع: مالية محضة كالزكاة، وبدنية محضة كالصلاة، ومركبة منهما كالحج، والنيابة تجرى فى النوع الأول فى حالتى الاختيار والضرورة، ولا تجرى فى النوع الثانى بحال، وتجرى فى النوع الثالث عند العجز، ولا تجرى عند القدرة. (١/ ٢٧٦، وانظر فتح القدير ٢/٣٠٨، والعناية ٢/ ٣٠٨)

(٥) وفى "الهداية": ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه، وبذلك تشهد الأخبار الواردة

حجة الإسلام، جاز عن المحجوج عنه.

وذكر في موضع آخر: للمحجوج عنه[1] ثواب النفقة[2].

في الباب، ١/ ٢٧٧، وانظر «ردّالمحتار» ٢/ ٢٤١.

(١) وفي (ج) و (د): "أنّ له ثواب النفقة".

(٢) اختلف الفقهاء في الحج عن الغير إلى رأيين، هل يقع الحج المفروض عن الآمر أو عن المأمور، فالراجح المختار في المذهب أنه يقع عن الآمر، كما تقدم في الشرح، وذكر المرغيناني رواية عن محمد رحمه الله أن الحج يقع عن الحاجّ، وللآمر ثواب النفقة، لأنه عبادة بدنية، وعند العجز أقيم الإنفاق مقامه، كالفدية فى باب الصوم. وقال ابن عابدين أنه ذهب إليه عامة المتأخرين. «الهداية» ١/ ١٨٣، «ردّالمحتار» ٢/ ٢٤١.

وذكر ابن الهمام هذا الخلاف، ثم قال في حق الرأي المرجوح: "وعليه جَمعٌ من المتأخرين: صدر الإسلام الإسبيجابي، وقاضي خان، حتى نسَب شيخُ الإسلام هذا لأصحابنا فقال: على قول أصحابنا: أصل الحج عن المأمور، ومختارُ شمس الأئمة السرخسي وجمعٌ من المحققين أنه يقع عن الآمر، وهو ظاهر المذهب، ويشهد بذلك الآثار من السنة ومن المذهب بعض الفروع". «فتح القدير» ٢/ ٣١١.

والملحوظ هنا أن ابن الهمام عَدّ الإمام قاضى خان ممن يقولون بوقوع الحج عن المأمور، وهذا ليس بصحيح، بل إنه يقول بالرأي الراجح القائل بوقوع الحج عن الآمر، فإنه نصّ في موضعين بتصحيح ذلك الرأي:

أولا: ما تقدم في كلامه أثناء الشرح: "هذا هو ظاهر مذهب أصحابنا". ص ٧٣٧.

وثانيا: صرّح به في "فتاواه" فقال فى فصل الحج عن الميت: "إذا حُجّ عن الميت بأمره، هل يسقط الحج عن المحجوج عنه؟ اختلفوا فيه: قال بعضهم: لا يقع الحج عن المحجوج عنه، ويكون له ثواب النفقة لا غير، وقال بعضهم: يقع عن المحجوج عنه، وهو الصحيح؛ لأن الآثار تدل عليه،

فلو أن المأمور بالحج أحرم، ووقف بعرفة، ثم منعه سلطان أو غيره[1] عن الوقوف بمزدلفة، وعن رمي الجمار، وعن طواف الصدر، ومكّن من طواف الزيارة، كان عليه لترك الوقوف بمزدلفة دم، ولترك الرمي دم، ولترك طواف الصدر دم، وكل ذلك يكون على الحاج[2]، وهو المأمور[3]؛ لأنها وجبت بترك أفعال كانت عليه[4].

وكذا لو حلق رأسه وهو نائم، أو طيب وهو نائم، كان عليه الدم لحصول الارتفاق له.

ولا يقال بأن ترك طواف الصدر بعذر لا يوجب الدم، كالمرأة إذا تركت بعذر الحيض[5]؛ لأنا نقول: ذلك فيما إذا كان العذر سماويا لا من قبل العبد، أما إذا كان من قبل العبد، فأمره في رفع الإثم لا غير.

ولهذا يشترط النية عن المحجوج عنه، ويذكره الحاج في التلبية فيقول: «اللهمّ إني أريد الحج فيسّره لي وتقبله مني ومن فلان». انظر «فتاوى قاضي خان» ١/ ١٤٢.

وعلّق ابن عابدين على هذا الخلاف نقلا عن ابن نجيم قائلا: هو اختلاف لا ثمرة له، لأنهم اتفقوا أن الفرض يسقط عن الآمر، لا عن المأمور، وأنه لابدّ أن ينويه عن الآمر. «ردّالمحتار» ٢/ ٢٤١.

(١) قوله: "سلطان أو غيره" ساقط من (ج) و (د).

(٢) وفي "الهداية": وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج لما قلنا (من كونه هو الجاني بالاختيار). (٢/ ٣١٧، فتح القدير ٢/ ٣١٧، العناية ٢/ ٣١٧)

(٣) قوله: "وهو المأمور" ساقط من (ج) و (د).

(٤) ووجّه له العتابي بأن هذه الدماء عليه، لأنها دم جبر، والمناسك عليه بصفة الكمال، فما يجب لجبر النقصان يكون عليه أيضا. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ١٢٩.

(٥) سقط قوله "كالمرأة إذا تركت بعذر الحيض" من (ج) و (د) وفيه: "كما إذا حاضت".

ألا ترى أن المريض إذا صلى قاعدا ثم برأ، لا تلزمه الإعادة، والمقيّد إذا صلى قاعدا ثم رفع عنه القيد تلزمه الإعادة.

ألا ترى أن الحاج لو كان امرأة، فحجت عن امرأة، فجومعت مكرهةً قبل الوقوف يلزمها الدم، ويفسد حجّها حتى يلزمها القضاء، ولو جومعت بعد الوقوف يلزمها البَدَنة[1]، لما قلنا[2].

ولو مرض الحاج[3] فطاف بالبيت راكبا، أو محمولا، أو زحف للطواف زحفا، لم يكن عليه ولا على المحجوج عنه شيء، لأن الطاعة بحسب الطاقة، وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف على ناقته، وكان يستلم الأركان بمِحْجَنه[4] حين وثبت رجله[5]، فأستدللنا لجواز ذلك من المعذور.

---

(١) "البَدَنة" في اللغة من الإبل خاصة، ويقع على الذكر والأنثى، والجمع: البُدُن، وفي الشريعة البدنة من شيئين: من البقر والإبل، لأنها من البدانة، وهي الضخامة، من: بَدُن بدانة، رجل بادن، أي عظيم الجسم. فالبدنة: الناقة أو البقرة تنحر بمكة. «المغرب» ١/ ٦٢«طلبة الطلبة» ص ٨٠.

(٢) وفى "الهداية": أمّا إذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الآمر وعليه الدم فى ماله لما بينّا (من أنه دم جناية وهو على الجانى). (٢/ ٣١٧، العناية ٢/ ٣١٧)

(٣) "الحاج" ساقط من (ج).

(٤) "المحجَن": عود معقوف الرأس يكون مع الراكب، يحرّك به راحلته، كالصَولَجان، وقال ابن دُريد: كل عود معطوف الرأس فهو محجن، والجمع: المحاجن. «المصباح المنير» ص١٢٣، «النهاية» ١/ ٣٤٧.

(٥) أخرجه الأئمة الستة إلا الترمذى، من حديث ابن عباس، ولفظهم "على راحلته" بدلا: "على

وكذا لو أغمي عليه، فأوقفوه بعرفة، ورمى عنه الجمار، أو رُمِي بذلك من كفه، وهو مغمى عليه، لم يكن[1] على واحد منهما شيئ؛[2] لأن فعل غيره في حالة العجز كفعله بنفسه، ولهذا لو مرض في وطنه، وحج عنه غيره بأمره جاز لما قلنا، فهذا أولى.

وهذا قول أصحابنا رحمهم الله؛ إنما الخلاف بينهم فيما إذا أغمي عليه قبل الإحرام فأحرم عنه أصحابه، عند أبي حنيفة يجوز، [وعندهما لا][3]، أما بعد الإحرام يجوز عندهم جميعا[4].

فإن قيل: لو جازت النيابة في هذا ينبغي أن يطوف عنه أصحابه، ويقفون عنه، ولا

ناقته" وعند أبي داود: "على بعير"، فأخرج أبودود عن ابن عباس رضي الله عنه: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف في حَجّة الوَدَاع على بعير يستلم الركن بمحجَن. سنن أبي داود، كتاب المناسك، باب الطواف الواجب، الحديث: ١٨٧٧. وأخرجه البخاري في كتاب الحج، باب استلام الركن بالمحجن، الحديث: ١٦٠٧. وأخرجه مسلم في كتاب الحج، باب جواز الطواف على بعير وغيره، الحديث: ١٢٧٢. وأخرجه النسائي في كتاب المناسك، باب استلام الركن بالمحجن، الحديث: ٢٩٥٤. وأخرجه ابن ماجة في كتاب المناسك، باب من استلم الركن بمحجنه، الحديث: ٢٩٤٨. كما أخرجه أحمد في مسند بني هاشم، الحديث: ٢٠١٣.

(١) وفي (ج) و (د): "لا شيء".

(٢) لأن هذه الأفعال وقعت محرّما بها بصفة النقصان، وما فات من وصف الكمال فهو سنة، ودم الجبر واجب، فلايجب إلا بترك الواجب، كسجدة السهو في باب السهو. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ١٢٩.

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

(٤) "جميعا" ساقط من (ج).

يطاف به، ولا يوقف بعرفة.

قلنا: فعله بنفسه أكمل من فعل غيره، وإنما يصار إلى الناقص عند العجز عن الأكمل[1]، لا حالة العجز لا يلزمه الأكمل، فيجوز الناقص، وفي الوقوف والطواف لم يعجز عن الأكمل؛ لأنه إذا وقف بعرفة كان هو الواقف، وإذا طافوا به كان هو الطائف، كما لو طاف على دابته، بخلاف الرمي؛ لأن الرامي فيه غيره على كل حال.

ولو طاف وهو على غير وضوء، أو جنبا ولا يعلم به، يجب الدم على الحاج في ماله، لأنه دم جبر لنقصان تمكن فيه، فيكون على الحاج، وإنما قال: "لا يعلم به" ليبين أنه وإن لم يلحقه الإثم كان الدم عليه لما قلنا.

والله أعلم بالصواب

(١) وفي (ج) و (د): "الكامل".

باب من الوصايا بالبيع والثلث مع ذلك والرقبة

يسمى هذا الباب «باب العروس» لتزيين مسائله بحسن الولاء والترتيب، كتزيين العروس بألوان الثياب.

جمع في الباب بين فصلين:

الوصيّة ببيع ليس فيه محاباة[1]، والثاني[2]: الوصيّة ببيع فيه محاباة، وضمّ إلى كل فصل ثلاث مسائل: الوصيّة بالرقبة، والوصيّة بالمال، والوصيّة بثلث المال.

وبنى الباب على أصول ثلاثة[3]:

أحدها: أن الوصيّة متى بطلت فيما زاد على الثلث بردّ الورثة، عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله عليها تبطل استحقاقا[4]، ولا تبطل[5] ضربا، وعند أبي حنيفة تبطل

---

(١) حَابَاه، مُحَاباة: سامَحَه، مأخوذ من "حبوتُه" إذا أعطيته، وحاباه: نصَره، واختصّه، ومال إليه، والحِباء: العطاء. والمحاباة في العقد هي المسامحة والمساهلة في البيع، والزيادة على القيمة في الشراء، وقال النسفي: المحاباة في البيع: حَطّ بعض الثمن، وهي مفاعلة من الحِباء، وهو العطاء. انظر: «القاموس المحيط» ص ١٦٤٢، «المصباح المنير» ص ١٢٠، المغرب ص١٧٩، مجموعة قواعد الفقه ص٤٦٩.

(٢) والثانى ساقط من (ج).

(٣) وفى (ج) و (د): على ثلاثة أصول.

(٤) ولا تبطل ساقط من (ج) و (د).

استحقاقا وضربا إلا في ثلاث مسائل: الوصيّة بالمحاباة، والوصيّة بالعتق، والوصيّة بألف مرسلة.

لهما: أن بطلان الوصيّة فيما زاد على الثلث لحق الورثة لدفع الضرر عنهم، والضرر في الأستحقاق دون الضرب، فلا تبطل فى[1] الضرب [ضرورة][2].

ولأبى حنيفة رحمه الله أن للضرب حكم الاستحقاق فإذا بطل الاستحقاق يبطل الضرب ضرورة[3].

والثاني: أن الوصيّة ببيع ليس فيه محاباة لا تتوقف على إجازة الورثة، وإن استغرقت المال، لأن تصرف الانسان في خالص حقه لا يتوقف على إجازة الغير، والوصيّة بالبيع صادفت حق الميت؛ لأن حق الورثة في معاني التركة لا في أعيانها، ولهذا لو باع المريض جميع ماله بمثل القيمة نفذ بيعه[4].

والثالث: أن الوصيّة بألفين إذا بطلت في شيء منه باستحقاق أو نحوه تبطل أصلا، وإن لم تبطل لكن تعذّر تنفيذها لفوات العين، فإن فاتت العين إلى بدل ينفذ في بدلها تنفيذا للوصيّة بقدر الإمكان.

---

(٥) ولا تبطل ضربا.

(١) فى ساقط من (ج).

(٢) ضرورة زيادة فى (ج).

(٣) سقطت هذه الفقرة كلها من (ج) و (د).

(٤) قال العتابي عند تأصيله للباب: أصل الباب أن تصرف المريض فيما هو خالص حقه نافذ، وفيما هو حق الورثة يتوقف على إجازتهم، وإذا تعدّدت قسّمت بين أرباب الوصايا بطريق المنازعة عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما بطريق العول والمضاربة. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ١٣٠.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله : رجل مات، وترك عبدا قيمته ألف درهم لا مال له غيره، وقد أوصى بأن يباع من فلان بألف درهم، وأوصى برقبته لآخر، وكانت الوصيّة بالرقبة قبل الوصيّة أو بعدها.

نقول: الوصيّة بالبيع لا تتوقف على إجازة الورثة، والوصيّة بالرقبة فيما زاد على الثلث تتوقف، فإن أبت الورثة أن يجيزوها، على قول أبي حنيفة يعطى للموصى له بالرقبة نصف سدس جزء من اثني عشر جزءاً من العبد، ويباع الباقي من الموصى له بالبيع بأحد عشر جزء من اثني عشر جزءا من الثمن[1]؛ لأنه كما مات الموصي، عملت[2] الوصيّة بالبيع؛ لأنها لا تتوقف على إجازة الورثة[3].

والوصيّة بالرقبة لا حكم لها فيما زاد على الثلث قبل الإجازة، فيتعلق حق الموصى له بالثلثين بلا مزاحمة، ويجعل في حقه كأن الميت أوصى للثاني بثلث الرقبة، فينصرف الى الثلث الشائع كما هو قضية الثلث المطلق، والنصف المطلق، وإنما تنصرف الوصيّة بالثلث المطلق إلى الثلث الذي هو خالص حق الميت تصحيحا لتصرفه، إذا لم يكن هناك وصيّة اخرى بالكل. تنفذ من غير إجازة، وههنا في صَرف وصيّته إلى الثلث الذي هو خالص حق الميت زيادة إبطال الوصيّة بالبيع، فينصرف إلى الثلث الشائع.

والعبد ثلثه حق الميت، وثلثاه حق الورثة، فالموصى له بالرقبة في الثلث الذي هو

---

(١) وفى (ج) من الثمن.

(٢) وفى (ا): جازت الوصية.

(٣) فصّل الإمام أبو الليث السمرقندي بعض مسائل هذا الباب محيلا ألى الزيادات في كتابه الشهير «مختلف الرواية» ٧/ ٣٣٥٤. تحقيق دكتور عبد الرحمن مبارك الفرج. رسالة دكتوراة، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

خالص حق الميت يضرب بثلث الثلث، والموصى له بالبيع يضرب بجميع الثلث، فصار هذا الثلث بينهما على أربعة.

وإذا صار ثلث العبد أربعة صار الكل على اثني عشر؛ يعطى للموصى له بالرقبة جزء من اثني عشر جزءا من العبد؛ ويتوقف استحقاق الزيادة على إجازة الموصى له بالبيع والورثة، ويباع الباقي من الموصى له بالبيع بأحد عشر جزءا من اثني عشر جزءا من الثمن؛ لأنه أوصى ببيع العبد بألف، فكان موصى ببيع كل جزء منه بقسطه من الثمن.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد يعطى للموصى له بالرقبة سدس العبد، ويباع خمسة أسداس العبد من الموصى له بالبيع بخمسة أسداس الثمن؛ لأن عندهما الموصى له بالرقبة إن كان لا يستحق الزيادة على الثلث قبل إجازة الورثة يستحق الضرب بذلك، لما ذكرنا أنه لا ضرر للورثة[1] في الضرب، وإذا ضرب بجميع العبد في الثلث، والموصى له بالبيع كذلك؛ صار الثلث بينهما نصفين، للموصى بالرقبة نصف الثلث، ويباع الباقي من الموصى له بالبيع بخمسة أسداس الثمن، ويكون الثمن للورثة؛ ولا يكون للموصى له بالرقبة شيء من الثمن في قولهم.

فرق بين هنا وبين ما إذا أوصى برقبة عبده لإنسان، فقتل العبد خطأ، ووجبت القيمة، كانت القيمة للموصى له بالرقبة[2]، وكذا لو بيع العبد الموصى برقبته لقضاء دين الميت، ثم أبرأ الغرماءُ الميتَ عن دَينهم، فإن الثمن يكون للموصى له بالرقبة[3].

والفرق أن في مسألة الباب حق الموصى له بالرقبة كان في عين العبد، وبقدر ما بيع

---

(١) وفي (ج): على الورثة.

(٢) بالرقبة ساقط من (ج).

(٣) بالرقبة ساقط من (ج).

أستحقه الموصى له بالبيع سابقا على البيع، فبطلت الوصيّة بالرقبة في ذلك القدر بحكم الأستحقاق كما لو أستحق كله، وقد ذكرنا أن الوصيّة متى بطلت لا تتحول إلى البدل بخلاف مسألة[1] القتل؛ لأن ثمّة القاتل ما أستحق عليه محل الوصيّة، بل القتل صادف ملك الموصى له، وفات محل حقه إلى بدل فكان البدل له.

وكذلك في مسألة الدين، صاحب دين الميت لم يستحق العبد؛ لأن حقه في ذمة الميت إلا أن الدين مقدم على الوصيّة مع قيام الوصيّة، فإذا سقط الدين بالإبراء، ووصيّته قائمة تنفذ في بدلها.

هذا إذا لم تجز الورثة الوصيّة بالرقبة، فإن اجازت الورثة والموصى له بالرقبة ولم يجز الموصى له بالبيع فكذلك، لأن الموصى له بالبيع كان يستحق بيع خمسة أسداس العبد عندهما.

وعند أبي حنيفة بيع[2] خمسة أسدأسه ونصف سدسه قبل إجازة الورثة فلا يتغير بإجازة الورثة، لأن إجازتهم تعمل في حقهم لا في حق غيرهم، فلا يتغير حقه إلا بإجازته؛ وإجازة الموصى له بالرقبة في ذلك لا تعتبر.

وإن أجازت الورثة الوصيّة بالرقبة، وأجاز الموصى له بالبيع الوصيّتين كان للموصى له بالرقبة نصف العبد، ويباع نصفه من الموصى له بالبيع بنصف الثمن؛ لأن الموصى له بالبيع لما أجاز الوصيّتين أبطل[3] حقه عن[4] نصف الرقبة، ولو أبطل حقه عن الكل يسلم

---

(١) "مسألة" ساقط من (ج).

(٢) بيع ساقط من (ج).

(٣) وفى (ج): بطل.

(٤) وفى نسخة (١) فى، وفى الأصل: عن، كما فى نسخة (ج).

له كل العبد؛ فإذا أبطل عن[1] النصف يسلم له النصف، وإذا بيع النصف كان الثمن للورثة؛ لأن الموصى له بالبيع استحق عليه النصف، فبطلت وصيّته في النصف فلا تتحول إلى الثمن.

وإن أوصى بأن يباع عبده من فلان بألف درهم، وأوصى بجميع ماله لآخر، وأبت الورثة أن يجيزوا، يعطى للموصى له بالرقبة[2] ربع الثلث سهم من اثني عشر عند أبي حنيفة، ويباع الباقي من الموصى له بأحد عشر جزءا من اثني عشر جزءا من الثمن؛ لأن عنده الموصى له بالمال لا يضرب في الثلث إلا بالثلث، والموصى له بالبيع يضرب بالكل في الثلث على الوجه الذي ذكرنا في المسألة الأولى.

وعند محمد يعطى للموصى له بالمال سدس العبد، ويباع خمسة أسداس العبد من الموصى له بالبيع لأن عنده الموصى له بالمال في حكم الضرب بمنزلة الآخر، فيكون الثلث بينهما نصفين لأستوائهما في حكم الضرب، ثم يكمل حقه إلى تمام الثلث من الثمن، يعطى له سدس الثمن في قول محمد، وثلاثة أسهم من الثمن في قول أبي حنيفة.

فرق بين هذا وبين ما تقدم في الفصل الأول، لا يعطى له شيء من الثمن، وههنا يكمل حقه إلى تمام الثلث من الثمن.

والفرق أن فيما تقدم كان حقه في العهد لا في مال الآخر. ولا وجه أن يعطى من الثمن لكونه بدلا عن العبد، لأن الوصيّة بطلت في البعض بحكم الاستحقاق فلا تتحول إلى البدل، وههنا حقه في ثلث مال الميت والثمن مال الميت؛ كما أن العبد مال الميت، ولو ظهر للميت مال آخر كان له الثلث من ذلك المال فكذلك الثمن.

---

(١) "عن" ساقط من (ج).

(٢) وفي (ج): بالمال.

فإن أجازت الورثة، ولم يجز الموصى له بالبيع الوصيّتين، عند أبي حنيفة يعطى للموصى له بالمال ربع ثلث العبد وثمن الباقي، وعند محمد يعطى له نصف الثلث من العبد، وخمسة أسداس الثمن، وإجازة الورثة تعمل في حقهم، ولا تعمل في حق الموصى له بالبيع لما قلنا.

ولو أجازت الورثة، والموصى له بالبيع الوصيّتين يعطى للموصى له بالمال نصف العبد، ونصف ثمنه بالاتفاق لما قلنا.

ولو كان مكان الوصيّة بالمال الوصيّة بثلث المال والمسألة بحالها، فإن لم يجز الموصى له بالبيع، يعطى للموصى له بالثلث ربع الثلث من العبد سهم من اثني عشر، وثلاثة أسهم من الثمن في قول أبي حنيفة لما ذكرنا. وأما عند محمد فلأنه خالف أبا حنيفة فيما إذا كانت وصيّته بأكثر من الثلث، فقال: يضرب بجميع وصيّته، فأما إذا كانت وصيّته بقدر الثلث لا يضرب بأكثر من الثلث فكان جوابه كجواب أبي حنيفة.

ثم لا تعتبر إجازة الورثة في هذه المسألة، لأن الوصيّة بقدر الثلث لا تتوقف على إجازة الورثة، وإنما تعتبر إجازة الموصى له بالبيع.

فإن أجاز الموصى له بالبيع وصيّة الثاني، يعطى للموصى له بالثلث ربع الرقبة لحما ودما ثلاثة من اثني عشر، ويباع الباقي من الموصى له بالبيع بثلاثة أرباع الثمن، ويعطى للموصى له بالثلث ما بقي إلى تمام الثلث، وهو سهم من اثني عشر من الثمن؛ لأن الموصى له بالثلث عند إجازة الموصى له بالبيع يضرب بالثلث، والموصى له بالبيع يضرب بجميع الرقبة ثلاثة أسهم، فيصير العبد بينهما على أربعة يعطى للموصى له بالثلث ربع العبد، ويباع الباقي من الموصى له بالبيع بثلاثة أرباع الثمن، ثم يكمل حق الآخر في الثلث، فيعطى له سهم من اثني عشر سهما من الثمن.

وعند أبي يوسف في هذه المسألة، والمسألة التي قبلها يباع كل العبد من الموصى له بالبيع، ويعطى حق الآخر من الثمن لا من عين العبد، بخلاف الموصى له بالرقبة لما نذكر بعد هذا.

وأما الفصل الثاني: وهو ما إذا أوصى ببيع فيه محاباة:

صورته: إذا أوصى بأن يباع عبده من فلان بمائة، وقيمته ألف لا مال له غير العبد، فهذه على وجوه ثلاثة:

أحدها إذا أوصى برقبة العبد لآخر، أو بجميع ماله، أو بثلث ماله.

أما في الوجه الأول: وهو ما إذا أوصى برقبة العبد لآخر، فإن لم يجز الموصى له بالبيع وصيّة الآخر، ففي قياس قول أبي حنيفة يعطى للموصى له بالرقبة ربع ثلث العبد سهم من اثني عشر، ويباع الباقي منه بثلثي الثمن، وهو ثمانية أسهم من اثني عشر سهما، أما يعطى للموصى له بالرقبة[1] سهم من اثني عشر سهما من العبد؛ لما ذكرنا في المسائل المتقدمة أن الموصى له بالبيع في الوصيّة بالبيع يضرب بجميع العبد. وكذلك في المحاباة يضرب بجميع وصيّته عند الكل، وإن كان لا يستحق عند رد الورثة إلا ثلثها.

وإنما يباع الباقي بثلثي الثمن؛ لأنه حابى بأكثر من الثلث؛ لأنه أمر ببيع العبد بمائة، والمائة عُشر قيمته، فكانت المحاباة بتسعة أعشار قيمته والمحاباة وصية؛ فإذا لم تجز الورثة لا تنفذ إلا بقدر الثلث، لأن في الزيادة إبطال حق الورثة؛ وثلث اثني عشر أربعة، إلا أن الموصى له بالرقبة استحق عليه ربع الثلث، والمحاباة وصية في ضمن البيع، فإذا بطلت وصيته في ربع الثلث من العبد بطل من المحاباة بقدر ذلك، وبقي حقه في ثلاثة أسهم، فيحط عنه ثلاثة أسهم من الثمن، ويباع الباقي من العبد بثلثي الثمن، وذلك ثمانية من اثني

(١) "بالرقبة" ساقط من (ج).

عشر، ويكون ذلك للورثة لما مرّ.

وعند أبي يوسف ومحمد يعطى للموصى له بالرقبة سدس العبد، ويباع خمسة أسداس العبد من الموصى له[1] بالبيع بثلثي الثمن، وذلك أربعة من ستة، ويكون ذلك للوثة، فيكون الثلث بين صاحبي الوصية نصفين؛ لأن عندهما كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته في الثلث.

ولو أوصى بأن يباع العبد من فلان بمائة درهم، و أوصى بجميع ماله لآخر، وأبت الورثة أن يجيزوا، عند أبي حنيفة يعطى للموصى له بالمال ربع ثلث العبد سهم من اثني عشر، ويباع الباقي من الموصى له بالبيع بمائتي سهم، وثلاثة وثمانين سهما، وربع سهم من أربعمائة سهم، وسبعة عشر سهما من قيمة العبد، فيكون للورثة من ذلك مائتا سهم، وثمانية وسبعون سهما، ويكون للموصى له بالمال خمسة أسهم، وربع سهم تمام وصيته.

أما يعطى للموصى له بالمال سهم من اثني عشر سهما من العبد لما عرف أنه الموصى له بالبيع يضرب فى الثلث لجميع العبد والموصى له بالمال يضرب[2] بثلث شائع على الوجه الذي قلنا، فيعطى له سهم من اثني عشر سهما من العبد، وبطلت وصية الآخر في ذلك، يبقى أحد عشر سهما، وقد اوصى بأن يباع الباقي منه بعشرة؛ لأنه لما أوصى بأن يباع العبد بمائة، والمائة عُشر العبد، فقد أوصى بأن يباع كل جزء منه بعشرة، وليس لما بقي من العبد وذلك أحد عشر عُشر صحيح، فضربنا أصل المسألة[3]، وهو اثني عشر في مخرج العشر، وذلك عشرة، فصار مائة وعشرين.

---

(١) وفى الأصل: فيصير.

(٢) قوله من: أن الموصى له بالبيع إلى: بالمال يضرب.

(٣) "المسألة" زيادة من (ج).

أعطينا للموصى له بالمال ربع الثلث عشرة، بقي مائة وعشرة، وقد أوصى بأن يباع هذا بعشرة، وعشر ذلك أحد عشر، فكانت وصيته بتسعة وتسعين، ووصية الآخر في ثلث كامل، وذلك أربعون؛ لأن قدر ما لا يسلم له من عين العبد يعطى إلى تمام الثلث من الثمن، لأن الثمن والعبد مال الميت، وحقه في ثلث مال الميت[1]، فإذا جعلنا العبد مائة وعشرين كان ثلثه أربعين، فوصية أحدهما أربعون، و وصية الآخر بتسعة وتسعين، فكان جملة سهام الوصايا مائة وتسعة وثلاثين، اجعل هذا ثلث المال، وللورثة ضعف ذلك، فيكون أربعمائة وسبعة عشر.

أعطينا للموصى له بالمال من عين العبد ربع الثلث، وذلك أربعة وثلاثون، وثلاثة أرباع بقي من حقه إلى تمام الأربعين خمسة وربع، وبقي من العبد بعد ما أعطينا ربع الثلث ثلثمائة واثنان وثمانون سهما، وربع سهم يحطّ عن الموصى له بالبيع قدر وصيته من الثمن، وذلك تسعة وتسعون، يبقى من ثمن العبد مائتان وثلاثة وثمانون سهما، وربع سهم، ويباع منه مابقي من العبد بمائتين وثلاثة وثمانين سهما، وربع سهم من أربعمائة سهم، وسبعة عشر سهما.

فيعطى للموصى له بالمال من الثمن خمسة وربع تكميلا لحقه، ويسلم للورثة ثلثا الثمن، وذلك مائتان وثمانية وسبعون سهما من أربعمائة سهم وسبعة عشر، وسلم الثلث للموصى لهما أربعون سهما، للموصى له بالمال أربعة وثلاثون سهما من عين العبد، وخمسة وربع من الثمن، وحط عن الموصى له بالبيع تسعة وتسعون، فاستقام الثلث والثلثان.

وإنما يباع ما بقي من العبد بعد ما أعطينا منه ربع الثلث بالزيادة على ثلثي الثمن،

(١) كلمة "الميت" زيادة من (ج).

وفرقنا بينه وبين ما إذا أوصى بالبيع بمائة وبالرقبة لآخر؛ فإن ثمّة يعطى للموصى له بالرقبة ربع الثلث، ويباع الباقي من الموصى له بالبيع بثلثي الثمن لا بالزيادة، وهنا يباع بأكثر من الثلثين، لأن ثمة حق الموصى له بالرقبة في عين العبد، فإذا أعطينا له ربع الثلث من العبد بطلت وصيته فيما زاد على ذلك أصلا.

أما هنا حق الموصى له بالمال في عين العبد وثمنه أيضا، فإذا أعطينا له ربع الثلث من عين العبد يكمل حقه إلى تمام الثلث من الثمن، فلهذا ضمّنا ما بقي من حقه الى ثلثي المال[1]، وبعنا ما بقي من العبد بالزيادة على الثلثين، وهذا كله قول أبي حنيفة.

وعلى قول محمد يعطى للموصى له بالمال سدس العبد، ويباع خمسة أسداس العبد من الموصى له بالبيع بتسعة وعشرين سهما من اثنين وأربعين سهما من قيمة العبد، ويسلم للورثة ثمانية وعشرون سهما من ذلك، ووجهه أن الموصى له بالمال يضرب في الثلث بالجميع أيضا[2]، والموصى له بالبيع يضرب بالجميع أيضًا[3]؛ فيقسم الثلث بينهما نصفين، فكان للموصى له بالمال سدس العبد، بفي قيمة[4] خمسة أسداس العبد، وقد أوصى بأن يباع بعشرة؛ لأنه أوصى بأن يباع العبد بمائة، والمائة عشره، فكان موصي بأن يباع كل جزء منه بعشره، وليس لخمسة الأسداس عُشر صحيح.

فضربنا أصل المسألة، وهي ستة في عشرة، فتصير ستين؛ للموصى له بالمال سدس السبد، وهو عشرة، بقي خمسون، وقد أوصى بأن يباع بعشرة، وذلك خمسة، بقيت

---

(١) وجاء في (ج): إلى ثلثي الباقي.

(٢) "أيضًا" زيادة من (ج).

(٣) سقطت العبارة: "والموصى له بالبيع يضرب بالجميع أيضًا" من (ج).

(٤) "قيمة" ساقط من (ج).

وصيته بخمسة وأربعين، فهو يضرب بخمسة وأربعين[1] والموصى بالمال يضرب بكل العبد، وذلك ستون إلا أن بين خمسة وأربعين، وبين ستين موافقة بالثلث، فاختصرنا على الثلث، وجعلنا ثلث خمسة وأربعين، وذلك خمسة عشر سهما، فصارت خمسة وأربعين ثلاثة أسهم، وستين أربعة أسهم، فصار سهام الوصايا سبعة. اجعل هذا ثلث المال.

وإذا جعلنا ثلث المال سبعة صار جميع المال أحدا وعشرين، فجعلنا ثلث المال، وذلك سبعة بين الموصى لهما نصفين، فانكسر بالإنصاف، فضعفنا لزوال الكسر، فصار الثلث أربعة عشر، والكل اثنين وأربعين، أعطينا للموصى له بالمال نصف الثلث سبعة، بقي إلى تمام حقه سهم واحد، لأن حقه قبل التضعيف كان في[2] أربعة، فبعد التضعيف يكون في ثمانية، ويحطّ عن الموصى له بالبيع قدر وصيته ستة؛ لأن حقه قبل التضعيف كان في ثلاثة، فبعده يكون في ستة، بقي من قيمة العبد العبد تسعة وعشرون، ويباع خمسة أسداس العبد بتسعة وعشرين، يعطى للموصى له من ذلك سهم واحد تمام حقه، ويسلم للورثة ثمانية وعشرون، وذلك ثلثا المال.

أو نقول: لما جعلنا العبد على ستة، وأعطينا سدساً للموصى له بالمال، بقي خمسة أسداس العبد، وقد أوصى بأن يباع هذا بعشره، فكانت وصيته بتسعة أعشار خمسة أسدأسه، وذلك أربعة ونصف، وحق الموصى له بالمال في كل العبد، وذلك ستة، فاجعل تفاوت ما بينهما، وذلك سهم ونصف بينهما، فصار أربعة ونصف ثلاثة أسهم، وستة أربعة أسهم، فصار سهام الوصايا سبعة، اجعل هذا ثلث المال، وإذا جعلنا ثلث المال سبعة، وقسّمنا السبعة بينهما تكسر بالإنصاف، فضعفنا فصار ثلث المال أربعة عشر،

---

(١) العبارة: "فهو يضرب بخمسة وأربعين" ساقطة من (ج).

(٢) "في" ساقط من (ج).

والكل اثنين وأربعين، والتخريج إلى آخره.

وهذا إذا أوصى بالبيع على هذا الوجه، وبجميع ماله لآخر، فإن أوصى بالبيع بمائة، وأوصى بثلث ماله لآخر، والمسألة بحالها، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الجواب فيه كالجواب فيما إذا كانت وصية الآخر بجميع المال.

أما على قول أبي حنيفة فظـ ـ؛ لأن الموصى له بالبيع يضرب في الثلث بالكل، والموصى له بالثلث لا يضرب إلا بالثلث، ومحمد وافقه في هذا الوجه؛ لأن الموصى له بالثلث يضرب بالثلث، والموصى له بالبيع يضرب بالكل، فكان جوابه كجواب أبي حنيفة.

أما على قول أبي يوسف إذا أوصى بالبيع بمائة، وأوصى بالمال أو بثلث المال لآخر يباع كل العبد من الموصى له بالبيع، ويوفى حق الآخر من الثمن إلا أن في هذا[1] الوجه الأول، وهو ما إذا أوصى ببيع العبد، وبجميع ماله لآخر، يباع العبد بثمانية وأربعين سهما، من[2] سبعة وخمسين سهما من قيمته؛ لأنه لما أوصى ببيع العبد بمائة فقد أوصى له بتسعمائة؛ لأنه لا محاباة في قدر العوض، ووصيته لآخر بجميع ماله، وهو ألف درهم، فاجعل كل مائة سهما، فصار الألف عشرة أسهم، و سعمائة تسعة أسهم، فيصير سهام الوصايا ثلث المال.

وإذا صار ثلث المال تسعة عشر كان كل المال سبعة وخمسين، يحطّ عن الموصى بالبيع قدر وصيته تسعة، ويباع العبد منه بثمانية وأربعين من سبعة وخمسين من قيمته، ويعطى للموصى له بالمال وصيته عشرة أسهم، بقي للورثة ثمانية وثلاثون.

---

(١) "هذا" ساقط من (ج).

(٢) "من" ساقط من (ج).

وفي المسألة الثانية: إذا أوصى بالبيع بمائة، ويثلث ماله لآخر، حق الموصى له بالبيع في تسعمائة، وحق الآخر في ثلث الألف ثلاث مائة وثلاثة وثلاثين وثلث، فاجعل كل ثلاثة وثلاثين وثلث سهم سهما، فيصير كل مائة ثلاثة أسهم، وثلث الألف عشرة، ويصير تسعمائة الألف سبعة وعشرين، فتصير سهام الوصايا سبعة وثلاثين، فيجعل هذا ثلث المال، وجميع المال مائة وأحد عشر، يحطّ عن الموْصى له بالبيع سبعة وعشرون، ويباع العبد منه بأربعة وثمانين من مائة وأحد عشر من قيمته، يعطى من ذلك للموصى له بالثلث عشره، ويسلم للورثة أربعة وسبعون، وهذا ثلثا المال.

وجه قوله في هذه المسائل أن الموصى له بالمال، والموصى له بثلث المال شريك الوارث؛ لأنه كما يزداد حق الورثة بزيادة المال، ويقلّ بقلّته يزداد حق الموصى له بزيادة المال ويقلّ بقلته، ثم حق الورثة لا يمنع الوصية ببيع العبد(1)، وإنما يعتبر حقهم في المالية، فكذلك حق الموصى له بالمال، ويكون غرض الموصي إيصال عَين العبد إلى أحدهما، وماليته إلى الآخر، فلا تجوز الشركة بينهما، لأن الشركة في الأعيان عيب.

ولأبي حنيفة ومحمد أن حق الموصى له ثبت بإيجاب الموصى، وإيجابه تناول العين والمعنى جميعا، فلا يجوز إبطال حق أحدهما عن العين بخلاف الوارث، لأنه خَلَف عن الميت مطلقا، لا يثبت له ملك حادث، ولهذا يردّ بالعيب، ويردّ عليه، فإنما ينتقل إليه مال الميت بشرط الفراغ عن حاجة الميت، والإنسان قد يحتاج إلى نقل الأعيان وصورها إلى غيره، فلا يمتنع ذلك لحق الوارث.

ألا ترى أنه لو أوصى بعبده لإنسان، وهو يخرج من الثلث، كان العبد له،

---

(1) كذا ثبت في (ج)، وجاء في الأصل: "لا يمنع للعبد بالوصية" وما ثبت أولى.

ولايزاحمه الوارث، وإن كان حق[1] الوارث في ثلثي المال شائعا، وبمثله لو أوصى بعبده لإنسان، وهو سدس ماله، وبسدس ماله لآخر، فإن الموصى له بالسدس يزاحم الموصى له بالعبد في العبد؛ لأن حقه ثبت بإيجاب الموصى، وإيجابه يشمل العينَ والمالَ[2] جميعا، والله أعلم[3].

وروى بشر في الأمالي عن أبي يوسف : رجل أوصى بأن يباع عبده من فلان بألف درهم، وقيمته ألف درهم، وأوصى لآخر بثلث ماله، وأبت الورثة أن يجيزوا، قال: يباع العبد من الموصى له بألف، ويعطى للموصى له بالثلث ألف درهم.

وصورة المسألة: إذا ترك ألفي درهم سوى العبد حتى يكون ماله ثلاثة آلاف، أمّا يُباع كل العبد من الموصى له؛ لأن الوصية بالبيع إذا لم يكن فيه محاباة لاتتوقّف على إجازة الورثة، ويعطى للآخر ألف درهم، لأنه أوصى له بالثلث، وثلث ماله ألف، ولا يعطى له شيء من عين العبد لما عرف من مذهبه.

فإن وجد المشتري بالعبد عيبا، فردّه على الورثة، رجع بثلث الثمن على الموصى له، وبثلثي الثمن على الورثة؛ لأن البيع بحكم الوصية كبيع الموصى في حياته، ولو باع العبد في حياته، واقتسموا المال بينهم أثلاثا، ثم ردّ العبد بعيب، كان الثمن في مال الميت على هذه السهام كذلك ههنا.

ولو أوصى بأن يباع العبد من فلان بخمسمائة، وقيمته ألف، فلم تجز الورثة، يباع العبد من الموصى له بالبيع بستمائة وستين وثلثي درهم؛ لأنه أوصى له بالمحاباة

---

(١) "حق" ساقط من (ج).

(٢) وفى الأصل: المعنى.

(٣) المثبت بين المعكوفتين من (ج).

بخمسمائة، وأوصى لآخر بألف درهم، وهذه وصية بأكثر من الثلث، فإذا لم تجز الورثة عادت إلى الثلث.

ويقسّم الثلث بينهما على قدر حقهما، وحق الموصى له بالثلث في ألف، وحق الموصى له بالبيع في خمسمائة، فيصير الثلث بينهما أثلاثا، لصاحب الثلث ثلثا الألف، ولصاحب البيع ثلث الألف، فيحط عن الموصى له بالبيع ستمائة وستة وستون وثلثا سهم[1]، فإن وجد المشتري بالعبد عيبا فردّه على الورثة، أمروا بدفع ثلث العبد إلى الموصى له بالثلث؛ لأن حقه كان في ألف، وإنما وصل إليه ثلثا الألف، ولم يصل إليه تمام الألف لمكان المزاحمة، فإذا بطلت الوصية بالبيع بردّ العبد زالت المزاحمة، فكمل حقه، ويعطى ثلث العبد.

وإن لم يوص بالثلث ولكن أوصى لرجل برقبة العبد، وأوصى لآخر ببيعه بألف درهم نفذت الوصيتان جميعا، لأنه ليس في تنفيذهما إبطال حق الورثة، فيقسم العبد بينهما نصفين؛ يعطى نصفه لصاحب الرقبة، ويباع النصف من الآخر بنصف الألف لاستوائهما. ولا يعطى للموصى له بالرقبة شيء من الثمن.

والله أعلم بالصواب

---

(١) وفي (ج): "درهم" بدل "سهم".

باب الوصية التي تكون لواحد ثم تصير لاثنين أو تصير وصيتين

بنى الباب على: أن الوصية بالعين تتعدّى إلى ما يحدث من الزوائد بعد موت الموصي قبل القسمة، وكذا الوصية بفعل يثبت ملك العين للموصى له نحوَ الوصية بالهبة، والصدقة.

والوصية بفعل لا يثبت ملك العين للموصى له نحوَ الوصية بالإعتاق، وما يجري مجراه لا تتعدّى إلى الزوائد.

أما الوصية بالعين فلأنها سببٌ لملك العين، فكما مات الموصي يملكها الموصى له، فما يحدث من الزوائد يحدث على ملكه، فيكون له[1].

وكذا الوصية بفعل يثبت ملك العين؛ لأنها تثبت ملك العين عند التنفيذ، وتنفيذ الوصية بقدر الثلث واجب، فكان موجبا حقا في العين قبل التنفيذ، والحقوق المتعلقة بالعين تتعدّى إلى أجزائه، ووإلى ما يتولّد، كحق الكتابة والرهن والتدبير وغير ذلك، ولهذا لو هلك قبل القسمة إلى بدل تنفذ في بدلها.

أما الوصية بفعل لا يثبت الملك لا يثبت حقا في العين، إنما العين محلٌّ لإقامة الوصية، فقبل إقامة الفعل[2] كان المحل خاليًا[3] عن الحق، فلا يتعدّى إلى الزوائد،

---

(١) انظر «المبسوط» ٢٩/١٣، والبناية للعيني، ١٠/٤٦٩.

(٢) وفي (ج): فقبل الإقامة.

(٣) وفي (ج) والأصل: خلوًا، وما ثبت من(ا) وهو أصح.

ولهذا لو هلك العين قبل القسمة إلى بدل، لا يجب تنفيذ الوصية في بدلها.

والأصل[1] الثاني: أن الوصية بالمال إذا بنيت على الوصية بفعل مقصود كانت لوصية بالمال تبعا للوصية بالفعل، حتى لو بطلت الوصية الأولى بردّ الموصى له بطلت الثاني لفَوات ما ينبنى عليها، ويتعلق به غرض الموصي.

ثم الزوائد أقسام ثلاثة:

زيادة متولّدة من العين، منفصلة عنه، كالولد واللبن والثمر.

وزيادة غير متولدة من العين، ولكنها بدل عن أجزاء العين، كالأرش والعقر،

وزيادة غير متولدة من العين، وليست ببدل عن العين، كالكسب والغلة.

والوصايا ثلاثة أنواع[2]:

نوع منها يدخل فيها الكل، وهي الوصية بعين يخرج[3] من ثلث ماله.

ونوع منها يدخل فيها الولد، وبدل الجزء، ولا يدخل الكسب والغلة.

ونوع منها لا يدخل فيها شيء من الزوائد.

أما الأول: إذا أوصى بجاريته لإنسان ثم مات، فولدت الجارية ولدا[4]، أو وطئت بشبهة، فوجب العقر، أو جني عليها ووجب الأرش، أو جنى عليها عبد ودفع بالجناية،

---

(١) الأصل ساقط من (ج).

(٢) راجع بدائع الصنائع ٧/ ٣٥٤.

(٣) يخرج ساقط من (ج).

(٤) انظر المبسوط للسرخسي ٢٩/ ١٣.

أو اكتسبت أكسابا بأن احتطبت أو احتشت، أو وهبت لها هبة، أو اغلت غلةً، إن كان يخرج الكل من ثلث ماله[1]، كان جميع ذلك للموصى له[2].

وإن كان لا يخرج الكل من الثلث، عند أبي حنيفة رحمه الله تنفذ الوصية أولا في الأصل ثم في الزيادة[3].

وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تنفذ الوصية[4] في الأصل والزيادة بقدر الثلث[5].

ومحمد رحمه الله لم يذكر هذه المسألة هنا، وإنما ذكرها في موضع آخر[6]؛ وإنما بدأ محمد البابَ بالوجه الثالث قال:

---

(١) وفي (ج): من الثلث.

(٢) «الهداية» مع «فتح القدير» ١٠/ ٤٩٢.

(٣) وجّه الفقيه أبو الليث السمرقندي لأبي حنيفة: بأن الحكم يثبت في الولد تبعا للأم، فلا يجوز إثبات الحكم في التبع على وجه يبطل الحكم في الأصل أو في نفسه. «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي، ٧/ ٣٣٣٠، تحقيق: دكتو عبد الرحمن مبارك الفرج، رسالة دكتوراة، وانظر: «المبسوط» ٢٩/ ١٣، و«البناية» ١٠/ ٤٦٩، و «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٨٥.

(٤) الوصية ساقط من (ج).

(٥) أي تنفذ الوصية من ذلك كله عند الصاحبين، ووجه قولهما أن الحادث بعد الوصية قبل القبض، كالموجود عند العقد، فصار كأنه أوصى بالكل. انظر «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي، ٧/ ٣٣٣٠، و«البناية» ١٠/ ٤٦٩، و «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٨٥، والمبسوط للسرخسي ٢٩/ ١٣.

(٦) ذكرها في كتاب البيوع، باب الهبة للعبد المبيع قبل القبض وبعده وفي الرهن والهبة في المرض والوصية، ٢/ ٦٩٨، ٦٩٩ من هذا الكتاب

رجل أوصى أن تعتق جاريته هذه بعد موته بمال أو بغير مال، ثم مات الموصي. فولدت الجارية ولدا قبل الإعتاق، والجارية مع ولدها يخرجان من الثلث، قال: تعتق الجارية، ولا يعتق ولدها لوجوه:

أحدها: أن الوصية بالإعتاق وصية بما لا يثبت ملك العين، إنما المقصود ابتغاء مرضات الله بتخليصها عن ذلّ الرق، فلا يثبت فيها حكم قبل الإعتاق، ولهذا لو هلكت إلى بدل بأن قتلها عبد، ودفع بها لا تنفذ الوصية في البدل حتى لا يعتق العبد.

ولأن الوصية بالإعتاق وصية مجازاةً على حسن الخدمة، فلو نفذت الوصية[1] في الولد لم يكن ذلك تنفيذاً[2] لمن وقعت له الوصية؛ ولأنا لو أعتقنا الولد عن الميّت يلزم الميّت ولاؤه من غير التزامه، فإذا لم يكن الولد ظاهرا وقت الوصية لم يكن ملتزما ولاء الولد، فلا يجوز إلزام الولاء.

وكذا لو أوصى بأن يباع من فلان بكذا، أو أوصى بأن يباع من فلان نسمة، فهي والوصية بالإعتاق سواء؛ لأن البيع نسمة بيع ممن لا يريد الإعتاق.

وكذا الوصية ببيعها من رجل بعينه حق الجارية، يوصى ببيعها عند قلّة ماله ممن يحسن إليها أو يعتقها، فكانت هي والوصية بالإعتاق سواء، فلا يتعدى[3] إلى الأولاد، ولأنه لو بيع الولد إما أن يباع مع الأم[4] بألف أو بثمن على حدة، لا وجه إلى الأول؛ لأنه

---

(١) الوصية ساقط من (ج).

(٢) وفى (ج): مفيداً، وهو خطأ.

(٣) وفى (ج): فلا يسرى.

(٤) جاء فى (ا): مع الولد، وهو خطأ.

او بيع مع الأم بألف كان بيع الجارية بأقلّ من ألف، فلم يمكن تنفيذ الوصية، ولا وجه الثاني لأنه لو بيع بثمن على حدة يصير الولد مقصودا [بالبيع][1]، وهو لم يجعل الولد مقصودا في الوصية فلا يباع الولد.

ولهذا قتلها عبد، ودفع بها لا يباع العبد المدفوع؛ لأن هذه الوصية ما أوجبت حقا في المحل قبل البيع.

وكذا لو قطع عبد يدها، ودفع بها، أو وطئها رجل بالشبهة، ووجب العقر، لا يدخل الأرش والعقر[2] في الوصية، إلا أن في قطع اليد تباع الجارية من الموصى له بالبيع[3] بنصف الثمن إن شاء، لأنه فات نصفها، واحتبس عنده، فيباع الباقي بنصف الثمن.

وكذا لو وطئت وهي بكر، تحطّ حصة البكارة من الثمن، وتباع الجارية بما بقي، ولو كانت ثيبا لم ينقصها الوطء، لا يحط شيء من الثمن، لأنه مااحتبس عنده شيء يقابله الثمن.

وكذا لو ذهبت عينها أو يدها بآفة سماوية، تباع بجميع الثمن إن شاء المشتري، لأن أطراف الحيوان إذا لم تصر مقصودة بالإتلاف لا يقابلها شيء من الثمن.

فرق بين الجارية التي أوصى بعتقها، وبين ولد المكاتبة، والمدبرة، وأم الولد.

في الكتابة والتدبير والاستيلاء يحدث الولد على صفة الأم، وفي الوصية بالإعتاق

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج).

(٢) قوله: "لا يدخل الأرش والعقر" ساقط من (ج) وثبوته أصح.

(٣) "بالبيع" ساقط من (ج).

لا يحدث.

والفرق ما قلنا إن الوصية بالإعتاق لا أثر لها في المحل قبل الإعتاق، فلا تتعدّى إلى الأولاد، وفي تلك المسائل ظهر أثرها في المحل بثبوت حرية اليد فتتعدّى إلى أولادها.

والدليل على أن الوصية بالعتق وبيعها نسمة ونحوهما لا يوجب حقا في العين أن سهام الوصية والميراث إذا لم تخرج من ثلث ماله[1] يعتبر من السعاية حتى لو كانت قيمة الجارية أكثر من ثلث ماله يعتق كلها، وسقط عنها السعاية[2] بقدر الثلث، ويلزمها السعاية في الباقي، وفي بيع النسمة تعتبر سهام الوصية من الثمن، وفي الوصية بالكتابة يحطّ قدر الثلث من بدل الكتابة، ويكاتب بما بقي.

ولو كانت هذه الوصايا موجبة حقا في العين تعتبر الثلث والثلثان من عين الجارية، كما لو أوصى بجاريته لإنسان، وهي لاتخرج من الثلث، فإنه تنفذ الوصية في ثلثها، ويعتبر الثلث والثلثان من عين الجارية، ولهذا لو ردّت الجارية الوصيةَ أو ردّ الموصى له بالبيع، تبطل الوصية، ولو كانت موجبة حق الحرية لا تبطل بالرد[3].

وأما الوجه الثاني: إذا أوصى بأن توهب جاريته من فلان، أو يتصدق بها على فلان، أو يتصدق بها[4] على المساكين، ومات الموصي، ثم ولدت الجارية ولدًا[5]، وهي

(١) وفي (ج): من الثلث.

(٢) العبارة من قوله: حتى لو كانت إلى آخرها ساقطة من (ج).

(٣) بالردّ ساقط من (ج).

(٤) قوله: أو يتصدق بها ساقط من (ج).

(٥) قوله: "الجارية ولدًا" ساقط من (ج).

وولدها يخرجان من الثلث، تنفذ الوصية فيهما.

وكذا الأرش والعقر والعبد المدفوع بالجناية؛ لأنها وصية لو نفذها الموصي يملكها الموصى له في الحال.

فإذا أمر غيره بالتنفيذ ولم ينفذ بنفسه[1]، وتنفيذ الوصية بقدر الثلث مستحق بحيث لو امتنع الوارث أو الوصيّ يجبره القاضي، كانت الوصية سببا للملك، فيتعلق بها حق الموصى له قبل التنفيذ، وتراخى الملك إلى وقت التنفيذ، والحقوق المتعلقة بالعين تتعدّى إلى ما يتولّد منه، وإلى ما يكون بدلا عن أجزائه.

والدليل على أن هذه وصية بالعين أن سهام المواريث والوصية إذا لم تخرج الجارية من الثلث تعتبر من العين، وتنفذ الوصية في ثلثها ولا تنفذ فى الباقى[2]، وفيما تقدم تعتبر سهام المواريث والوصية من السعاية، فكانت تلك الوصايا وصية بالسعاية، ووصية بالبدل لا بالعين.

ولأن فى هذا الوجه[3] لو نفذنا الوصية في الولد ونحوه، لا يكون تنفيذا لغير من وقعت له الوصية، بل يكون تنفيذا لمن وقعت له الوصية بالجارية، وليس فيه إلزام، لأن ما لم يلزم الموصى لا يلزم ما قلنا.

الجارية الجانية إذا ولدت ولدا، ثم دفعت بالجناية فإنه لا يدفع ولدها معها، لأن دفع

(١) قوله: بالتنفيذ ولم ينفذ بنفسه ساقط من (ج).

(٢) ولا تنفذ فى الباقى ساقط من (ج).

(٣) فى هذا الوجه ساقط من (ج).

المملوك بالجناية[1] غير لازم على المولى، بل هو مخيّر بين الدفع والفداء، فلا يتعلق بها حق وليّ الجناية قبل الدفع، فلا يتعدّى إلى الولد.

أما تنفيذ الوصية لازم فيتعلق بها حق الموصى له قبل التنفيذ، فيتعدّى إلى الزوائد، ولا يتعدّى إلى الكسب والغلة، لأنها ليست من الوصية، ولا من أجزائها.

وقد ذكرنا هذا[2] في باب الكسب والغلة.

فرق بين الوصية وبين الغصب، إذا ولدت المغصوبة ولدا، واكتسبت أكسابا، ووهب لها هبة، وقطعت يدها، وغرم القاطع أرش اليد[3] الأرش، ووطئت بالشبهة، وغرم العقر، ثم ماتت، وقضى القاضي على الغاصب بقيمتها يوم الغصب، روي عن أبي يوسف أن الغاصب يملك الأرش والعقر ولا يملك[4] الكسب والولد.

وفي ظاهر الرواية: الغاصب يملك الكسب والغلة، ولا يملك ما سوا ذلك، وعن محمد أنه يملك الأولاد أيضا.

وفي مسئلة الوصية هذه يدخل الولد والأرش والعقر في الوصية إذا خرج الكل من الثلث، ولا يدخل الكسب والغلة.

ووجه الفرق أن الوصية عقد شرعيّ أضيفت إلى الجارية، وحكم العقد إذا ثبت في عين يثبت فيما يرند منه، وفيما كان من أجزائه تبعا، والغلة والكسب ليسا من أجزائها،

---

(١) قوله: "دفع المملوك بالجناية" ساقط من (ج).

(٢) هذا ساقط من (ج).

(٣) وفي (ج): وغرم الأرش.

(٤) وفي (ج): دون الكسب

ولا بدل عن جزء هو عين، بل هو كسب ملكه، فلا يدخل في الوصية.

أما الغصب لم يوضع سببا للملك، وإنما يثبت الملك للغاصب عند أداء الضمّان تحقيقا للمعادلة، فلا يوجب حقا قبل الملك، لو ثبت الملك له في الزوائد إنما يثبت تبعا للملك في الأصل، وعند قضاء القاضي[1] بالقيمة يوم الغصب يملك المضمون مستندا إلى وقت الغصب، والمستند ثابت من وجه دون وجه، ولو ملكها من وقت الغصب من كل وجه كانت الزوائدكلهالمن يملك الأصل،كمن اشترى شيئامن فضوليّ ثم أجاز المالك البيعَ بعد حدوث الزيادة، كانت الزوائد كلها للمشتري، ولو ملكها الغاصب وقت القضاء من كل وجه كانت الزوائد[2] للمولى.

كما لو اشتراها من المالك، أو صالحه على قيمتها للحال، فإذا ملكها من وقت الغصب من وجه، ظَهَر ما ملك الغاصب في الكسب والغلة، ولم يظهر فيما عداه توفيرا على الشبهين حظهما، والعمل على هذا الوجه أولى، لأن الملك في الكسب والغلة أسرع ثبوتا من الملك في الولد.

ألا ترى أن الغاصب إذا أجر المغصوب كانت الأجرة للغاصب[3]، ولو استولدها ثم ردّ المغصوبة على المالك كان الولد للمولى، فلهذا يدخل الولد في الوصية، ولا يدخل في الكسب والغلة.

قال: ألا ترى أنه لو نذر أن يتصدق بجاريته على المساكين فولدت ولدا، أو وجب

---

(١) وفي (ج): وعند القضاء.

(٢) زاد هنا في (ا): كلها.

(٣) للغاصب ساقط من (ج).

لها عقد أو أرش، أو قتلها عبد ودفع بها، لزمه التصدّق بجميع ذلك، ولا يلزمه التصدق بالكسب والغلة، فكذا في الوصية بالصدقة.

فرق بين النذر بالصدقة، وبين ما إذا كانت الجارية للتجارة فولدت ولدًا بعد وجوب الزكاة[1]، لا تتعدّى الزكاة إلى الولد.

ومن الناس من قال: يتعدّى وجوب الزكاة.

وجه الفرق على ظاهر الجواب أن وجوب النذر حق الناذر؛ لأنه يجب بإيجابه، فكان شبها بحق العباد، وحقوق العباد تعتبر في عين المال، ويجعل الفعل وسيلة، أما الزكاة حق الله تعالى، وفي حقوق الشرع يعتبر الفعل؛ لأن الابتلاء والانقياد يحصل بالفعل[2]، فيعتبر المحل خاليا عن الحق.

ولو أوصى بأن تباع جاريته، ويتصدق بثمنها على المساكين، أو قال: "على فلان" فولدت بعد موت الموصى[3]، تنفذ الوصية فى الجارية والولد جميعًا[4]؛ لأنه إذا لم يبين المشتري، كان مقصوده التصدق دون البيع؛ وذكرُ البيع يكون لتسهيل التصدق على الورثة أو لإنفاع الوارث، حتى لو كانت قيمة العبد[5] ألف، وثلث ماله ألفا درهم، فكلّف الوارث، وباعها بألف ومائة، يبقى الفضل للوارث، ولهذا لو تصدق الوارث أو الوصي

---

(١) وفى (ج): فولدت بعد الحول.

(٢) بالفعل ساقط من (ج).

(٣) الموصى ساقط من (ج).

(٤) قوله: "فى الجارية والولد جميعًا" ساقط من (ج).

(٥) العبد ساقط من (ج).

بالعين على الفقراء من غير بيع جاز.

والدليل على أن هذه وصية بالصدقة أنه لو قال: "لله عليّ أن أبيع هذه الجارية"، لا يصح، لأن البيع لا يلزم بالنذر، ولو قال: "لله على أن أبيع هذه الجارية[1]، وأتصدق بثمنها على المساكين" يصح، فثبت أن هذه وصية بالصدقة، والوصية بالصدقة[2] تتعدّى إلى الولد والأرش والعقر، ولا تتعدّى إلى الكسب والغلة، لما قلنا.

ثم استشهد فقال: ألا ترى أنه لو قال: "لله عليّ أن أبيع هذه الجارية، وأتصدق بثمنها على المساكين"، فقتلها عبد، فدفع بها، لزمه بيع العبد المدفوع بالجناية والتصدق بثمنه، وهذا يدل على أن المقصود الصدقةُ لا نفس البيع، إذ لو كان المقصود هو البيع لما صح النذر.

وقال أيضا: ألا ترى أنه لو قال: "لله عليّ أن أبيع هذه الجارية، وأتصدق بثمنها على المساكين" فباعها بعشرة، وقيمتها ألف، لزمه التصدق بألف درهم[3]، وهذا يدل على أن المقصود هو الصدقة حتى تعلق حق المساكين بالجارية، إذ لو كان المقصود هو البيع فإذا باع بعشرة لا يلزمه التصدق بأكثر من ثمنها.

قال: ولو أوصى بأن تباع جاريته من فلان، ويتصدق بثمنها على المساكين، أو أوصى بأن يكاتب، ويتصدق بالمكاتبة على المساكين، أو تباع من نفسها، ويتصدق بثمنها على المساكين، فردّ الموصى له بالبيع البيعَ، أو أبَت الجارية أن تقبل، بطلت الوصيتان

---

(١) سقطت العبارة من قوله: لا يصحّ، لأن البيع... من (ج).

(٢) قوله: "والوصية بالصدقة" ساقط من (ج).

(٣) "درهم" ساقط من (ج).

جميعًا[1].

لأنه إذا بيّن المشتري كانت الوصية بالبيع مقصودة، ، وكذا الكتابة والبيع من نفسها، والصدقة مقصودة أيضا، إلا أن الوصية بالصدقة بناء على الوصية الأولى، فإذا بطلت الأولى بطلت الثانية ضرورةً؛ لأنها لو بقيت، ويتصدق برقبتها، لم يكن هذا تنفيذاً لتلك الوصية.

وكذا لو قتلت الجارية بعد موت الموصى[2]، وغرم القاتل قيمتها، أو قتلها عبد، ودفع بها، بطلت الوصيتان، لأن الوصية بالبيع تبطل بهلاك الجارية، وإذا بطلت الوصية بالبيع، وإنها مقصودة بطلت الوصية بالصدقة؛ لأنها بناء على الأولى.

وذكر الزعفراني[3] في هذا الباب مسائل ذكرها القدوري[4] في «المختصر»، فقال:

---

(١) جميعًا ساقط من (ج).

(٢) وفى (ج): بعد موته.

(٣) هو الحسن بن أحمد بن مالك، أبو عبد الله، الفقيه، الزعفراني، "كان شيخا إماما في الفقه، ثقة، رتّب «الجامع الصغير» الذي صنّفه الإمام محمد بن الحسن ترتيبا حسنا، وميّز خواص مسائل محمد عما رواه عن أبي يوسف، وجمعها على أحسن ترتيب، وألطف نظام، وجعله مبوبا، وإنه رتّب كتاب «الزيادات» أيضا، كما يدل عليه كلام الإمام قاضي خان هذا، وفي مواضع أخرى من الشرح، بقول العلامة اللكنوي: "ولنا زعفراني آخر مشهور، وهو الحسن بن احمد، مرتّب «الجامع الصغير» و«الزيادات»". ومن مؤلفاته "كتاب الأضاحي".
وفي كشف الظنون أنه توفي سنة عشر وستمائة تقريبا، أقول: هذا خطأ، لأن الإمام قاضي خان شرح الزيادات الذي رتّبه الزعفراني، وأحال إليه عدة مرات، وقاضي خان توفي سنة ٥٩٢ هـ. انظر ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ٤٣٤، «الطبقات السنية» برقم ٦٥٥، «الفوائد البهية»

رجل أوصى لرجل بشاة من غنمه، فماتت غنمه أو باعها، ثم مات الموصي، يعطى للموصى له شاة من الموجود حالة الموت.

وكذا لو ولدت غنمه، فللورثة أن يعطوا، إن شاؤا من الأمهات، وإن شاؤا من الأولاد، وكذا الجواري وغيرها؛ لأن الوصية إيجاب بعد الموت، فيتناول الموجود عند الموت.

فإن أراد الورثة أن يعطوا شاة من غنمه، ولها ولد ولدته بعد موت الموصي، يتبعها ولدها، وكذا الصوف واللبن، لأن الوصية لزمت عند الموت، إنما التعيين إلى الورثة، فإذا عين الوارث شاة كان تعيينه كتعيين الميّت، ويصير كأن الوصية وقعت لها من الابتداء، فكانت الزيادة للموصى له.

وما حدث من الزوائد[1] قبل موت الموصي كالصوف والولد[2] المنفصل يكون[3] للورثة؛ لأن الوصية إيجاب عند الموت، فالزيادة قبل الموت زيادة قبل الوصية.

وما استهلكه الوارث من زيادة حصلت بعد موت الموصي كان عليه ضمانها، لأن الزيادة تستحق باستحقاق الأصل، فيضمن بالإتلاف.

ولو قال: "أوصيت بشاة من غنمي هذه"، فماتت غنمه، بطلت الوصية، ولو لم

ص ٦٠ و ٢٤٥، كتائب أعلام الأخيار برقم ٢٠١، كشف الظنون ١/ ٥٦٢.

(٤) هو الإمام أحمد بن محمد القدوري، وتقدم ترجمته في ص ٢٠٩.

(١) وفي (ج): الزيادة.

(٢) الولد ساقط من (ج).

(٣) يكون ساقط من (ج).

تمت، ولكنها ولدت ولدا، لم يكن للوارث أن يعيّن الوصية من الأولاد، لأن الوصية أضيفت إلى غنم بعينها، فتعلّقت بتلك الغنم.

ولو هلكت الأغنام إلا واحدة، تعينت تلك الواحدة لخروج غيرها من أن يكون محلا للتعيين؛ لأن للتعيين حكم الإنشاء فيما يرجع إلى المحل.

ولو هلكت الأغنام كلها، وتركت أولادا حدثت بعد موت الموصي، كان على الوارث أن يدفع ولد شاة؛ لأن الوصية لزمت عند الموت، فيثبت[1] الاستحقاق في الولد الحادث بعد الموت لماذكرنا.

وذكر في وصايا "الأصل": إذا أوصى بثلث غنمه، أو بشاة من غنمه، تتعلق الوصية بالموجود وقت الوصية حتى لو هلكت تلك الغنم، أو لم يكن له غنم وقت الوصية لا شيء للموصى له[2]؛ لأنه أوصى له بمال معيّن، فلا يعطى له من مال آخر ليس ببدل عن الأول.

فرواية القدوري تخالف رواية الأصل فلا تصح[3]، ولو صحت رواية القدوري فوجهها ما قلنا.

- والله أعلم -

---

(١) جاء في (ج) بسبب مكان فيثبت، وهو خطأ وتصحيف.

(٢) انظر بدائع الصنائع ج٧/ ٣٥٤.

(٣) وأقرّ المرغيناني بما ورد في كتاب الأصل فقال: "ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الأصل؛ فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه إيجاب بعد الموت؛ فيتعتبر قيامه حينئذ، وهذه الوصية تعلقت بالعين؛ فتبطل بفواته عند الموت". «الهداية مع فتح القدير» ١٠/ ٤٨٢.

باب الوصية لذوي الأرحام وأهل البيت والأصهار والأختان والجيران

بنى الباب على أصول ثلاثة[1]

أحدها: أن حقائق الأسماء[2] تعرف من أهل اللغة، وقول "محمد" فيه حجة؛ لأنه كان إماما في اللغة، أخذ الأصمعي[3] بقوله لإثبات اللغة في كثير من المواضع[4].

---

(١) "ثلاثة" ساقط من (ج) و (د).

(٢) حقائق الأسماء: معانيها اللغوية، كما يدل عليه السياق.

وفي "الهداية": «الأحكام الشرعية تنعطف (تميل) على الألفاظ على وفق الإنباء (أى عن المعاني اللغوية). ٤/٥١٧.

(٣) هو أبو سعيد عبدالملك بن قريب، الشهير بالأصمعي، لغوي، إخباري، نحوي، أديب بصري، بارع، توفي ٢١٣ هـ، أو ٢١٠هـ، أو ٢١٦هـ.

ينظر ترجمته في: «أخبار النحويين البصريين» ٧٢ - ٨٠، و«نزهة الألباء في طبقات الأدباء» ٩٠ - ١٠١، و«البلغة في تراجم أئمة النحو واللغة» لفيروزآبادي ١٣٦ - ١٣٧.

(٤) ولم يأخذ الأصمعى فقط عن محمد، بل أخذ عنه كبار أئمة اللغة، مثل أبى عبيد، وأبى العباس ثعلب والخليل، كما نصّ عليه الكاسانى؛ حيث يقول: وهو (محمد) من كبار أهل اللغة، روى عنه أبو عبيد، وأبو العباس ثعلب وأقرانهم كما روينا عن الخليل والأصمعى.

وقال في موضع آخر: «إن حقيقة اللغة ما حكينا عن نقلة اللغة وهم أهل دقائق الألفاظ فيقبل نقلهم إياها فيما وضعت له، وما ورد في استعمال بعض الفصحاء معدولاً به عن تلك الحقائق

ومنها ترك الحقيقة بالعرف جائز، لأن مقصود المتكلم الإفهام فينصرف إلى ما يتسارع أفهام الناس إليه.

والثالث: ما أختلف أصحابنا رحمهم الله فيه، نذكر ذلك في الفصل الأول من الباب.

وفي الباب خمسة فصول:

أما الأول: إذا أوصى بثلث ماله لأقربائه أو لذوي قرابته[1]:

عند أبي حنيفة رحمه الله[2] تعتبر لاستحقاق هذه الوصية شرائط ثلاثة[3]:

أحدها: الجَمع، فلا يعطى كل الوصية للواحد، لأن "الأقرباء" جمع، وكذا قوله[4] "ذوي" بذكر الجمع، فلا تعطى كل الوصية للواحد، والإثنان وما فوقهما جَمع في

فحمل على المجاز». (بدائع الصنائع» ٧/ ٣٤٧.

(١) ويقول الكاساني: "ولو أوصى لذوى قرابته، أو قراباته، أو لأنسابه، أو لأرحامه، أو لذوى أرحامه هذه الألفاظ الخمسة سواء". (بدائع الصنائع ٧/ ٣٤٨)

(٢) "رحمه الله" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وذكر الكاساني خمسة شرائط عند أبي حنيفة رحمه الله حيث يقول: "فالحاصل عند أبي حنيفة يعتبر في هذه الوصية خمسة أشياء: الرحم المحرم، والأقرب فالأقرب، وجمع الوصية -وهو اثنان فصاعدًا- وأن يكون سوى الوالدين والمولودين وأن يكون ممن لا يرث". «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٤٨.

(٤) "قوله" ساقط من (ج) و (د).

الوصية، قال عليه السلام: «الاثنان فما فوقهما جماعة»[1].

ولأن الجمع مأخوذ من الاجتماع، والاجتماع يحصل بالإثنين، فكان جمعا لكنه ناقص، والجمع الناقص ملحق بالكامل في الميراث، فكذا في الوصية؛ لأنها أخت الميراث، فإن كل واحد منهما يزداد بزيادة المال، ويقلّ بقلته، ويمتنع الدين، ويبطل بالقتل.

والثاني: القرابة المحرمة للنكاح؛ لأنه لما أثبت الوصية بالقرابة كان قصده الصلة، فتنصرف إلى قرابة يفترض وَصلها، وهي القرابة المحرمة للنكاح، ولهذا تعلق استحقاق النفقة، والعتق عند الدخول في الملك، وانقطاع حق الرجوع في الهبة بها.

والثالث: الأقرب فالأقرب، فلا تثبت الوصية للأبعد مع الأقرب اعتبارا بالميراث، ولأن الأقرب أحقّ بصرف اللفظ إليه.

وكان أبو يوسف يقول أولاً: تعتبر الرحم المحرم، ولا يعتبر الأقرب فالأقرب، ثم رجع، وقال: لا تعتبر المحرمية، ولا الأقرب فالأقرب، ولا الجماعة، بل الواحد يستحق كل الوصية، وإن كانوا جماعة قسّم الثلث بينهم، ويدخل في الوصية كل من يجمعه وإياه

---

(١) أخرجه ابن ماجة من حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه، في كتاب الصلاة، باب الاثنان جماعة، الحديث: ٩٧٢. وأخرجه البيهقي في سننه، ٣/ ٦٩، والدارقطني في سننه، ١/ ٢٨١، والهيثمي في مجمع الزوائد، ٢/ ٤٥، والخطيب البغدادي في تاريخ بغداد، ٨/ ٤١٥. وانظر الحديث في: ميزان الاعتدال، برقم ٦٥٤٦، ولسان الميزان، ٤/ ١١٩٤، والتمهيد، لابن عبد البر ٦/ ٣١١، ومشكاة المصابيح برقم ١٠٨١.

ورواه ابن سعد بلفظ: «الاثنان فما فوق ذلك جماعة» الطبقات الكبرى، ٧/ ٣٤، وكذلك ابن عدي في الكامل في الضعفاء، ٥/ ١٨٩٠.

أقصى أب في الإسلام، وهو قول محمد والشافعي[1].

وقال يوسف بن خالد السمتي[2]: يدخل في الوصية كل من يجمعه وإياه إلى ثلاثة آباء، وقال بعضهم إلى أربعة.

لأبي يوسف ومحمد رحمه الله عليهما[3]: أنه علق الوصية بالقرابة، وأنه اسم جنس، والجنس إذا ذكر بلفظ الجمع لا يعتبر فيه الجمع، ولهذا[4] لو حلف: لا يتزوج

---

(١) وفى "الهداية": وعندهما بأقصى الأب فى الإسلام، وعند الشافعى بالأب الأدنى. «فتح القدير» ٨/ ٤٧٣، والعناية ٨/ ٤٧٣، وانظر بدائع الصنائع ٧/ ٣٤٨)

(٢) هو يوسف بن خالد بن عمر، أبو خالد، السَّمْتى، قال الصيمرى: "كان قديم الصحبة لأبى حنيفة، كثير الأخذ عنه"، ونقل القرشي قول الإمام الطحاوي: "سمعتُ المزنيّ يقول: سمعت الشافعي يقول: كان يوسف بن خالد رجلا من الخيار"، مات سنة ١٨٩هـ فى رجب، وقال اللكنوي: هو عند المحدثين مجروح، كما قال السمعانى، و"السمتى" بكسر السين وسكون الميم آخره تاء، نسبة إلى السمت والهيئة، وقال بن أبى حاتم الرازى: قيل ليوسف بن خالد: السمتى، لحسن سمته، وكان صاحب رأي، والمشهور بالإنتساب إليها أبو خالد يوسف بن خالد بن عمر السمتى من أهل البصرة.

ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١٨٤٣، و«الطبقات السنية» برقم ٢٧٣٥، و«الفوائد البهية» ص ٢٢٧، وكتائب أعلام الأخيار برقم ٩٣، «الأنساب» ٧/ ١٣٢ طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٣٦، وطبقات الفقهاء لطاش كبري زاده، ص ٢٣، وأخبار أبي حنيفة وأصحابه، للصيمري، ص ١٥٠.

(٣) "رحمه الله عليهما" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "ولهذا" ساقط من (ج) و (د).

النساء، فتزوج امرأة حنث.

وسوّى بين الأقرب، والأبعد، والمحرم وغير المحرم؛ لأن اسم "القريب"[1] اسم يتناول الكل، دلّ عليه[2] أنه لما نزل قوله تعالى: «وأَنْذِرْ عَشِيْرَتَكَ الأَقْرَبِيْنَ»[3]، دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم سبعين نفسا من أقاربه، فيهم المحرم وغير المحرم، وقال لهم: «إني نذير لكم بين يدي عذاب شديد»[4]، فيدخل في الوصية[5] كل من يجمعه

---

(١) قال الكاساني: "وجه قولهما أن القريب اسم مشتق من معنى وهو القرب وقد وجد القرب فيتناول الرحم المحرم وغيره والقريب والبعيد". «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٤٩.

(٢) انظر بدائع الصنائع ٧/ ٣٤٩)، وانظر الهداية مع فتح القدير ٨/ ٤٧٣، والعناية أيضًا المرجع السابق)

(٣) سورة الشعراء، الآية: ٢١٤.

(٤) تمام الحديث كما أخرجه الإمام مسلم عن أبي عباس، قال: «لما نزلت هذه الآية: ﴿وأنذر عَشيرتَكَ الاقربين﴾ خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى صَعِد الصفا، فهتَفَ: "يا صباحاه؛" فقالوا: مَن هذا الذي يَهتف؟ قالوا: محمد، فاجتمعوا إليه، فقال: "يا بني فلان؛ يابني فلان؛ يا بني فلان؛ يا بني عبد مَناف؛ يا بني عبد المطلب؛" فاجتمعوا إليه، قال: أرايتكم لو أخبرتُكم أن خَيلا تخرُج بسَفحِ هذا الجبل أكنتم مُصدّقي؟" قالوا ما جرّبنا عليكَ كذبا، قال: فإني نذير لكم بين يَدي عذاب شديد». صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب في قوله تعالى: ﴿وأنذر عَشيرتَكَ الاقربين﴾ الحديث: ٥٠٧.

وأخرجه البخاري في الجنائز، باب ذكر شرار الموتى الحديث: ١٣٩٤. مختصرا، و في المناقب، باب من انتسب إلى آبائه في الإسلام والجاهلية، الحديث: ٣٥٢٦. و في التفسير، باب (إن هو إلا نذير لكم بين يدي عذاب شديد) الحديث: ٤٨٠١، باب (تبّت يدا أبي لهب وتب) الحديث:

وإياه أقصى أب في الاسلام. ولا يدخل من فوقه؛ لأنه لو دخل يدخل فيه كلّ الناس لوجود أصل القرابة بين الكل، فلا تصح الوصية لجهالتهم، فإن الوصية للمجهول بلفظ لا ينبئ عن الفقر والحاجة باطلة، والعاقل يقصد بتصرفه الصحة دون الفساد، ولأن المقصود نفع القريب، ولو صرف إلى الكل لا يصيب كل واحد شيئا منتفعا به، فجعلنا الوصية لكل من يجمعه وإياه أقصى أب في الإسلام.

قالوا: هذا إذا كان من يجمعه وإياه أقصى أب في الإسلام قوم يُحصون لتصح لهم الوصية.

وقال بعضهم: تصح الوصية لهم[1] وإن كانوا لا يحصون؛ لأنها وصية يراد بها وجه الله تعالى بصلة القرابة، فتصح وإن كانوا لا يحصون.

واختلف المشايخ في تعبير[2] قوله[3]: "أقصى أب في الإسلام" قال بعضهم: أراد به أقصى أب أسلم، وقال بعضهم: أراد به[4] أقصى أب كان حيا وقت مجيء الإسلام، أسلم أو لم يسلم[5].

٤٩٧١، والحديث: ٤٩٧٢. والحديث: ٤٩٧٣، وأخرجه الترمذي في تفسير القرآن، باب ومن سورة تبت يدا، وقال: هذا حديث حسن صحيح، الحديث: ٣٣٦٣.

(٥) "الوصية" ساقط من (ج) و (د).

(١) "الوصية لهم" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "تعبير" ساقط من (ج) و (د).

(٣) انظر الهداية والعناية وشرحه ٨/ ٤٧٣.

(٤) "قوله أراد به" ساقط من (ج) و (د).

(٥) وفي "بدائع الصنائع": فدل أن الاسم يتناول كل قريب إلا أنه لا يمكن العمل بعمومه لتعذر

وثمرة الخلاف تظهر في العلوي إذا أوصى لأقربائه، عند أبي يوسف ومحمد يدخل في الوصية أولاد علي رضي الله عنه[1]؛ لأنه أقصى أب أسلم، وهل يدخل أولاد عقيل؟[2] [فمن شرَط الإدراك يقول يدخل][3]؛ لأن أقصى أب أدرك الاسلام كان أبو طالب ادرك الاسلام[4] ولم يسلم، فتدخل أولاد عقيل، وأولاد جعفر[5]، وأولاد علي

إدخال أولاد سيّدنا آدم عليه السلام فيه، فتعتبر النسبة إلى أقصى أب في الإسلام لأنه لما ورد الإسلام صارت المعرفة بالإسلام والشرف به فصار الجدّ المسلم هو النَّسَب فتشرفوا به فلا يعتبر من كان قبله. (٧/ ٣٤٩)

(١) قوله: "رضي الله عنه" ساقط من (ج) و (د).

(٢) هو عَقيل بن أبي طالب بن عبد مناف، القرشي، الهاشمي، أخو علي وجعفر، وكان الأسنّ، يكنى أبا يزيد، تأخر إسلامه إلى عام الفتح، وقيل أسلم بعد الحديبية، وهاجر في أول سنة ثمان، وشهد غزوة موتة، وكان عالماً بأنساب قريش ومعاصرها ومثالبها، وذكر ابن حجر عن تاريخ البخاري أنه مات في أول خلافة يزيد قبل حرّة.
انظر ترجمته في: «أسد الغابة» ت٣٧٣٢، «الاستيعاب» ت ١٨٥٣، «الإصابة» ت ٥٦٤٤، «المغازي للواقدي ٧/ ١٣٨، ٦٩٤، الكامل في التاريخ ١/ ٤٥٨، «سير أعلام النبلاء» ٣/ ٩٩.

(٣) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د). وجاء في الأصل: "على قول من يقول": معنى قوله: "أقصى أب في الإسلام" أقصى أب أدرك الاسلام" وما ثبت أوضح.

(٤) "قوله ادراك الإسلام" ساقط من (ج) و (د).

(٥) هو جعفر بن أبي طالب بن عبدالمطلب بن هاشم بن عبد مناف، أبو عبدالله ابن عم النبي ﷺ، وأحد السابقين إلى الإسلام، وأخو علي، هاجر إلى الحبشة، فأسلم النجاشيّ على يديه، ثم هاجر منها إلى المدينة، وآخى النبي ﷺ بينه وبين معاذ بن جبل، واستشهد بموتة من أرض الشام مجاهداً للروم في حياة النبي ﷺ سنة ثمان.

عليهم السلام، ومن يقول: أراد محمد بقوله: "أقصى أب في الاسلام"[1] أقصى أب أسلم، لا يدخل أولاد عقيل وجعفر، والصحيح هو الأول.

ولا يدخل في هذه الوصية من كان وارثا للموصى[2]؛ لأن الانسان يقصد الصحة دون الفساد، والوصية للوارث لا تصح.

ولا يدخل في الوصية[3] والده، وولد الصلب عند أصحابنا، وإن كان لا يرث منه بكفر أو نحوه، لأن اسم "القريب" لا يتناولهم، قال الله تعالى: ﴿إن ترك خيرًا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف[4]﴾[5]، عطف الأقربين على الوالدين، والعطف يقتضي المغايَرة، لأن بينهم اتحادا وبعضية، والإنسان لا يكون قريب نفسه، ومن قال لوالده: "هو قريبي" كان عاقا.

ويدخل فيه الجد[6]، والجدة، وولد الولد، وروى الحسن بن زياد[7] عن أبي حنيفة

انظر ترجمته في: «أسد الغابة» ت ٧٥٩، «الاستيعاب» ت ٣٣١، «الإصابة» ت ١١٦٩، التاريخ الكبير ٢/ ١٨٥، تهذيب الكمال ١٩٩، شذرات الذهب ١/ ١٢.

(١) قوله "محمد بقوله أقصى أب في الاسلام" ساقط من (ج) و (د).

(٢) قوله "من كان وارثا للموصى" ساقط من (ج) و (د).

(٣) قوله "في الوصية" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في الاية كلمة "بالمعروف" ساقط من (ج) و (د).

(٥) سورة البقرة، الآية: ١٨٠.

(٦) فى "بدائع الصنائع": فهل يدخل فيها الجدّ وولد الولد؟ ذكر فى "الزيادات" أنهما يدخلان، ولم يذكر فيه خلافًا، وذكر الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أنهما لا يدخلان، وهكذا روى عن أبى يوسف رحمه الله وهو الصحيح. (٧/ ٣٤٩، انظر الهداية ٨/ ٤٧٣، والعناية ٨/ ٤٧٣)

أنه لا يدخل، وهكذا ذكر هلال[1] عن أبي يوسف[2].

وجه رواية الحسن[3] أن بينهم جزئية واتصالا، فلا يتناولهم اسم "القريب"[4].

وجه ظاهر الرواية أن بينهما واسطة، وقريب الإنسان مَن يقرب إليه بغيره، فكان بمنزلة الأخ والأخت[5].

---

(٧) "بن زياد" ساقط من (ج) و (د).

(١) هو هلال بن يحيى بن مسلم، الرأيُ، البصري، وإنما لُقّب بالرأى لسعة علمه وكثرة فهمه، كما قيل: ربيعة الرأى، أخذ الفقه عن أبى يوسف وزفر، وروى الحديث عن أبي عَوانة وابن مهدي، وأخذ عنه بكّار بن قتيبة والحسن بن أحمد بن بسطام، وله مصنّف فى الشروط، وأحكام الوقف، تداوله العلماء، مات سنة ٢٤٥ هـ.

ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١٧٧٩، و«الطبقات السنية» برقم ٢٦٣٨، و«الفوائد البهية» ص ٢٢٣، وكتائب أعلام الأخيار برقم ١٠٧، «الأنساب» ٦/ ٦٠ طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٣٩، وطبقات الفقهاء لطاش كبري زاده، ص ٣٣، وأخبار أبي حنيفة وأصحابه، للصيمري، ص ١٥٦، ميزان الاعتدال ٤/ ٣١٧، الفهرست ٢٨٨.

(٢) كذا ذكره أبو الليث السمرقندي، ونسب هذا القول إلى أبي حنيفة وأبي يوسف. انظر «مختلف الرواية» ٧/ ٣٣٣٨.

(٣) قوله: "وجه رواية الحسن" ساقط من (ج) و (د).

(٤) يُوجّه لهذه الرواية أن هذا الاسم لا يتناول الوالدين والمولودين عرفا، دلّ عليه أنه عطفه على الأقارب، لقوله تعالى: ﴿الوصية للوالدَين والأقربِين بالمعروف﴾ والجدّ كالوالد، والنافلة كالولد. انظر «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي، ٧/ ٣٣٣٨.

(٥) لأنهما من جملة الأقارب حقيقة، وإنما خرج الوالد والولد بالنص، فبقي غيرهما داخلا.

ويستوى الذكر والأنثى في هذه الوصية [1] لاستوائهم في القرابة، ولا يفضل الذكر على الأنثى، كما لا يفضل الذكر على [الأنثى في] [2] أولاد الأم في الميراث.

وكذا لو أوصى لأرحامه، أو لذوي أرحامه، أو لأنسابه [3]، فهو على هذا الخلاف الذي ذكرنا في القرابة [4]؛ لأن الانتساب يكون بالقرابة، والنسب والقريب في لسان العرب واحد، فإن الأنساب والأرحام والأقرباء سواء.

ولو مات، وترك ولدا يحوز ميراثه، وأوصى بهذه الوصية، وترك عمّين وخالين [5]، فالوصية للعمين في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه يعتبر الأقرب فالأقرب، والعم أقرب لأنه يستحق العصوبة، ويقدم في الميراث على الخال.

وعندأبي يوسف ومحمد نصف الوصية للعمّين [6]، والنصف للخالين، لما مرّ.

وإن ترك عمّاً واحدا وخالين [7]، عند أبي حنيفة: النصف للعم، والنصف

«مختلف الرواية»، ٧/ ٣٣٣٨.

(١) قوله: "في هذه الوصية" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج).

(٣) وفي (ج) و (د): "لذوي أنسابه".

(٤) انظر الهداية ٨/ ٤٧٤.

(٥) انظر التفصيل في بدائع الصنائع ٧/ ٤٣، وانظر الهداية ٨/ ٤٧٤ والعناية ٨/ ٤٧٤.

(٦) وفي (ج) و (د): "وعندهما النصف للعمّين".

(٧) انظر الهداية والعناية شرحه، وتكملة فتح القدير ٨/ ٤٧٤ وبدائع الصنائع ٧/ ٣٤٩.

للخالين، لأن العم أقرب من الخال، إلا أن عنده الواحد لا يستحق كل الوصية[١]، فيعطى له النصف، كأن ليس معه غيره، بقي النصف للخالين، كأن ليس معهما عم، وثلث ماله هذا القدر.

وإن ترك عما وعمة[٢]، وخالا وخالة، عند أبي حنيفة: الوصية للعم والعمة بينهما[٣] بالسوية؛ لأنهما أقرب؛ والإثنان جمع، فيعطى الكل لهما.

وعند أبي يوسف: تقسّم الوصية بينهم على السوية أرباعا[٤]، لما ذكرنا.

ولا يقال: بأن العمة لا تستحق العصوبة، ولا تقدم على الخال والخالة في الميراث، فينبغي أن لا تقدم في الوصية عند أبي حنيفة.

لأنا نقول: قرابتها قرابة الأب كقرابة العم، وإنما لا تستحق العصوبة للأنوثة، لا لضعف في قرابتها، فلا يعتبر معها قرابة الخال والخال، كما لو ترك عمين أحدهما كافر، فأوصى بهذه الوصية، فإن الوصية تكون بينهما لاستوائهما في القرابة[٥]، وإن لم يرث أحدهما للكفر[٦].

ولو أوصى لقرابته، أو لذوي قرابته، أو لذي نسبه، فهو بمنزلة الأول، إلا أن الواحد

---

(١) وفي (ج) و (د): "لايستحق الكل".

(٢) كذا في الهداية والعناية شرحه ٨/ ٤٧٤ وبدائع الصنائع ٧/ ٣٤٩.

(٣) وفي (ج) و (د): "الوصية بين العم والعمة".

(٤) كذا في الأصل، والعبارة في (ج) و (د): "وعندهما يقسم أرباعا بالسوية".

(٥) قوله: "تكون بينهما لاستوائهما في القرابة" ساقط من (ج).

(٦) "للكفر" ساقط من (ج) و (د).

في هذا[1] يستحق كل الوصية عندهم، حتى لو ترك عما وخالين، كانت الوصية للعم عند أبي حنيفة؛ لأنه يعتبر الأقرب فالأقرب، لكن لا يعتبر الجمع؛ لأن "ذي" يتناول الفرد.

فإن لم يكن للموصي ذو رحم محرم تبطل الوصية عند أبي حنيفة، لأن عنده للقرابة الوصية[2] لا تتناول غير ذي الرحم المحرم فتبطل لعدم المستحق، ويعتبر وجود المستحق عند موت الموصى[3] لا وقت الوصية، لأن الوصية لغير المعيّن إيجاب عند الموت، فيعتبر وجود الموصى له لا وقت الموت[4].

ولو أوصى لذوي قرابته، أو لأقربائه، أو لأنسابه، أو لأرحامه الأقرب فالأقرب، لا يعتبر الجمع [عند الكل][5].

أما عندهما فظاهر، وأما عند أبي حنيفة فلأن قوله "الأقرب" خرج تفسيرا لما تقدم، و"الأقرب" اسم فرد فلا يعتبر فيه الجمع، ويدخل فيه ذو الرحم المحرم وغيره، لأن قوله "الأقرب فالأقرب" يتناول الكل، وثبت الاستحقاق للأبعد عند عدم من هو أقرب منه، ويقدم الأقرب على الأبعد عند الكل اعتبارا لشرطه، حتى لو ترك عما وخالا كانت الوصية للعم دون الخال، وعن أبي يوسف أن هذا والأول سواء.

(١) "في هذا" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "الوصية" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "الموصى" ساقط من (ج) و (د).

(٤) انظر بدائع الصنائع للكاسانى ٨/ ٣٤٨.

(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

الفصل الثاني : إذا أوصى لأهل بيته، أو لجنسه، أو لآله :

فالوصية[1] لبني أبيه الذي ينسبون إليه إلى أقصى أب في الاسلام، يدخل فيه المحرم وغيره والوالد والولد إذا لم يرثه، ولا يدخل فيه الأب الأكبر الذي ينسب إليه البيت، ويستوي فيه الكافر والمسلم والأنثى والذكر.

أما أهل البيت فلأنه لا يراد به بيت السكنى، وإنما يراد به بيت النسبة، فكل من يجمعه وإياه من أهل بيت النسب يدخل فيه، ولا يدخل فيه أقصى أب في الاسلام، لما قلنا في الفصل الأول.

ولا يدخل فيه أب الأكبر الذي ينسب إليه البيت؛ لأنه أوصى لأهل بيته لا لصاحب البيت، والجنس والآل و أهل البيت سواء؛ يقال: "آل عباس"، و"أهل عباس".

ولا يدخل فيها قوم الأم[2]، لأن الانسان يعدّ من جنس قوم الأب لا من قوم الأم، ألا ترى أن إبراهيم [ابن رسول الله عليه السلام][3] كان قرشيا ولم يكن قبطيا[4]، و"الآل": اسم لمن يرجع إلى من يرجع هو إليه بالنسب، والنسبة تكون بالآباء لا بالأمهات.

---

(١) انظر الهداية والعناية وتكملة فتح القدير ٨/ ٤٧٥ وبدائع الصنائع ٨/ ٣٤٨.

(٢) فى "بدائع الصنائع": ولا يدخل من كانت نسبته من قبل الأمّ لأن المراد من "أهل البيت" أهل بيت النسب، والنسب إلى الآباء، وأولاد النساء آباءهم قوم آخرون. (٧/ ٣٥٠)

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٤) قِبْط: بالكسر ثم السكون، بلاد القبط، بالديار المصرية سميت الجيل الذي كان يسكنها، وقبط أخو قفط بن مصر بن بيصر بن حام بن نوح عليه السلام. انظر «معجم البلدان» ٤/ ٣٤٧، ٤٣٤.

ولا يدخل في هذه الوصايا أولاد البنات؛ لأنهم ينسبون إلى آبائهم، لا إلى أمهاتهم.

وكذا لو أوصت امرأة لأهل بيتها أولاً لها أو لجنسها، فالوصية تكون لمن ينسب إلى أبيها أقصى أب في الإسلام، ولا يدخل فيهاولدها ولا أمها، أما الولد فلأنه ينسب إلى أبيه حتى لوكان زوجها ابن عمها يدخل أولادها في الوصية[1]، وأما الأم فلأنها تنسب إلى قوم أبيها لا إلى قوم الموصية.

وأما الفصل الثالث: إذا أوصى بثلث ماله لأهله أو لأهل فلان:

كانت[2] الوصية لولده، فلأن الزوجة[3]، وكل من يعوله في منزله من الأحرار[4]، وهذا استحسان، والقياس أن يكون للزوجة خاصةً، لأن "الأهل" عند الإطلاق ينصرف إلى المرأة، قال الله تعالى: ﴿لأهله امكثوا إنى أنست نارا﴾ الآية[5]، والمراد الزوجة[6].

---

(١) "في الوصية" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "كانت" ساقط من (ج) و (د).

(٣) كذا في الأصل، والعبارة في (ج) و (د).: "فا لوصية لولده وزوجته".

(٤) انظر بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٣٥٠.

(٥) سورة طه، الآية: ١٠، وقوله تعالى في الآية: "إنى أنست نارا" ساقط من (ج) و (د).

(٦) لأنه غالب الاستعمال في الزوجة، قال الله تعالى: ﴿وسَارَ بأهلِه﴾ (سورة القصص: ٢٩) ويقال: "من تأهّل ببلدة فهو منها" أي: تزوج، فلا يتناول غيرها بالشك. ونسب أبو الليث

وجه الاستحسان: أن الأهل كما يتناول الزوجة يتناول كلّ من يعوله، قال الله تعالى: ﴿ فأسرِ بأهلك ﴾[1]، ثم قال: ﴿ولا يلتفت منكم أحدٌ إلا امرأتك﴾[2]، أطلق اسم "الأهل" بعد استثناء المرأة[3].

ولا يدخل في الوصية[4] المماليك[5]، لأنهم خَدم الأهل، لا يقال لأمته أو عبده: "هو من أهله".

ولا يدخل في الوصية من يرث الموصى[6] لما قلنا.

ولا يدخل فيها من أضيف إليه الأهل، لأن المضاف غير المضاف إليه.

ولا يدخل فيها من يجري عليه [كل][7] شهر نفقة معلومة، ولا يكون في منزله

السمرقندي هذا القول إلى أبي حنيفة. انظر «مختلف الرواية» ٧/ ٣٣٣١، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٣٥٠، والبناية ١٠/ ٥٠٨.

(١) سورة هود، الآية: ٨١.

(٢) سورة هود، الآية: ٨١.

(٣) وفي مختلف الرواية أن هذا قول أبي يوسف ومحمد، لأن الاسم يطلق على العيال، قال الله تعالى خبرا عن يوسف عليه السلام: ﴿وأتوني بأهلِكُم أجمعين﴾ (يوسف: ٩٣) فيحمل على الكل. «مختلف الرواية» ٧/ ٣٣٣١

(٤) "في الوصية" ساقط من (ج) و (د).

(٥) بدائع الصنائع ٧/ ٣٥٠.

(٦) وفي (ج) و (د): "ولا يدخل الوارث.

(٧) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د)..

كالولد الكبير ونحوه لأنه ليس من أهله، فأهله من يعوله في منزله؛ فإن الرجل قد ينفق على المساكين كل يوم، ولا تكون المساكين من أهله.

فإن كانت له امرأتان، إحداهما بالكوفة، والأخرى بالبصرة، مع كل واحدة في منزلها ولد من غير زوجها، وزوجها ينفق عليهم، يدخل الكل في الوصية؛ لأن الكل في عياله، فكانوا من أهله.

الفصل الرابع: إذا أوصى بثلث ماله لأختانه أو لأصهاره:

فالأختان[1] أزواج البنات والعمات والخالات، وكل ذات رحم محرم منه، فزوجها من أختانه، ، وكذا كل ذي رحم محرم من أزواجهن، ذكرا كان أو أنثى فهو من أختانه، هكذا قال محمد رحمه الله، وقوله حجة في اللغة[2].

قيل: هذا عرف أهل الكوفة، أما في عرف غيرها أزواج البنات والعمات وزوج كل ذات رحم محرم منه من أختانه، حرا كان الزوج[3] أو عبدا، أو صبيا أو بالغا، أما ذو

---

(١) وفي "بدائع الصنائع": وذكر محمد رحمه الله في "الزيادات": إذا أوصى بثلث ماله لأختانه ثمّ مات، فالأختان أزواج البنات والأخوات والعمّات والخالات، فكل امرأة ذات رحم محرم من الموصي فزوجها من أختانه، وكلّ ذي رحم محرم من زوجها من ذكر وأنثى فهو أيضًا من أختيه. (٧/ ٣٥١).

(٢) كذا ذكره الإمام الكاساني في بدائع الصنائع ٧/ ٣٥١، ونقل الإمام اللغوي المطرّزي في «المغرب» هذه المسألة محيلا إلى «شرح الزيادات»، انظر «المغرب» ١/ ٢٤٥.

(٣) "الزوج" ساقط من (ج) و (د).

الرحم المحرم من الأزواج لا يكون من أختانه[1].

ثم ما أصاب العبد يكون لمولاه، كما لو وهب له شيء قال: ولا يكون الأختان من قبل نساء الموصي أراد به زوج الربيبة، فإنه لا يكون من أختانه، ويستوي في هذا زوج الأقرب والأبعد؛ لأن اسم "الختن" يتناول الكل، وليس في اللفظ ما يوجب تقديم البعض على البعض[2] بخلاف ما تقدم.

وأما "الأصهار" فكل ذي رحم محرم[3] من امرأته فهو صهره، ويستوي المملوك وغيره، والذكر والأنثى، سواء كانت امرأته حرة أو أمة، على دينه أو على غير دينه، لأن الصهرية تنبنى على الزوجية وقد تحقق، ونساؤه لا يكن من أصهاره، كما أن بناته وأخواته لا تكن من أختانه.

وقد يستعمل "الاصهار" في الأختان، و"الأختان" في الأصهار، أما استعمال "الأصهار" في الأختان قول القائل:

لكلّ أبي بنتٍ إذا ما تَرَعْرَعَت ثلاثةُ أصهارٍ إذا عُدِّدَ الصهرُ

(١) وذكر محمد فى "الإملاء" أيضًا إذا قال: أوصيت لأختانى، فأختانه أزواج كل ذات رحم محرم من الزوج، فإن كانت له أخت وبنت أخت وخالة ولكل واحدة منهنّ زوج، ولزوج كل واحدة منهنّ أب فكلّهم جميعًا أختان، والثلث بينهم بالسوية. (بدائع الصنائع ٧/ ٣٥)

(٢) "على البعض" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ويقول الكاسانى فى "بدائعه": وقال (محمد) فى "الإملاء": إذا قال: أوصيت بثلث مالى لأصهارى، فهو على كل ذي رحم محرم من زوجته وزجة أبيه وزوجة ابنه، وزوجة كل ذي رحم محرم منه، فهؤلاء كلّهم أصهاره. (٧/ ٣٥١)

فأولهم خدر وثانيهم امرؤٌ وثالثهم قبرٌ وخيرهم القبر[1]

سمى "الزوج" صهرا، لكن استعمال الاصهار والأختان فيما ذكر محمد رحمه الله أصحّ وأظهر، دلّ عليه قول عاصم بن عدي[2] رضي الله عنه:

فلو كنتُ صهر الابن مَروان قربت ركابي إلى المعروف والعطن الرحب

و لكنني صهر لآل محمد، و خال بني العباس و الخال كالأب[3]

سمى نفسه صهرا لآل محمد عليه الصلاة والسلام، وهو كان أخا لامرأة العباس.

ثم الوصية للأختان والأصهار تتناول من كان صهرا وختنا يوم يموت الموصي،

---

(١) بحثت هذين البيتين ولم أجد لهما مرجعا، ولم أقف على اسم قائلهما، مع البحث الطويل في مظانهما والسؤال من المختصين.

(٢) هو عاصم بن عدي بن الجدّ بن العَجلان بن حارثة بن ضُبيعة بن حرام، البلوي العجلاني، حليف الأنصار. كان سيد بني عجلان، وهو أخو معن بن عديّ، يكنى أبا عمرو، ويقال أبا عبدالله. واتفقوا على ذكره في البدريين، ويقال: إنه لم يشهدها، بل خرج فكُسر، فردّه النبي صلى الله عليه وسلم من الرّوحاء، واستخلفه على العالية من المدينة، وهذا هو المعتمد، وبه جزم ابن إسحاق، وله رواية عند أحمد. وأخرجها البخاري في "التاريخ" عن أبي عاصم عن مالك. وروى عنه أيضا الشعبي والطبراني. مات سنة ٤٥هـ وهو ابن مائة وخمس عشرة، وقيل عشرين. انظر ترجمته في: «الإصابة في تمييز الصحابة» ترجمة برقم: ٤٣٧١، ٣/ ٤٦٣، و«أسد الغابة» ترجمة: ٢٦٧٢، و«الاستيعاب» ترجمة: ١٣١٧.

(٣) البيت لعاصم بن عدي رضي الله عنه، كما ذكره المؤلف، ولكني لم أقف عليه في مراجع ترجمته، ولم أعلم له ديوانا، وبحثت كثيرا في بعض كتب المجموعات الشعرية، ولم أقف عليه فيها.

ولا تتناول من كان قبله حتى لو طلق امرأته بائنا أو ثلاثا وهو صحيح أو مريض، ثم مات الموصي، وهي في العدة فأقاربها لا تكون صهرا؛ لأن الزوجية انقطعت، وإن كانت ترث منه إذا كان الطلاق في المرض؛ لأنها ترث بحكم الفرار لا لبقاء الزوجية، والمعتدة عن طلاق رجعي بمنزلة المنكوحة.

الفصل الخامس:

إذا أوصى لجيرانه فالوصية في القياس للجيران المتلازقين[1]، وهو قول أبي حنيفة[2] رحمه الله[3].

قال محمد: على قول أبي حنيفة كل من كان ساكنا في دار يستحق الشفعة لو كان مالكا كان له الوصية، وإن لم يكن مالكا[4].

وحكي عن أبي بكر بن شَاهُويه[5] أنه أنكر ذلك، وقال: هذه كذحذ أبيه من محمد

---

(١) وجاء في (ج) و (د): "في القياس الوصية للمتلازقين"

(٢) ذكر أبو الليث السمرقندي أنه قول أبي حنيفة وزفر. «مختلف الرواية» ٧/ ٣٣٤٣.

(٣) "رحمه الله" ساقط من (ج) و (د).

(٤) انظر بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٣٥١.

(٥) هو محمد بن أحمد بن علي بن شاهُويه، أبو بكر، القاضي، الشاهوي، الفارسي، سمع أبا خليفة المجُمَحي، و زكريا بن يحي الساجي، روي عنه الحاكم أبو عبدالله، ومات بنيسابور سنة ٣٦١ هـ، جمع بين الفقه وعلم الحساب. قال الحاكم: كان أقام بنيسابور زمانا، ثم رجع إلى بخارى، وكان يدرس في مدرسة أبي حفص الفقيه، ثم انصرف ورجع إلى بلاد فارس، فتولى القضاء بها. وذكره الشيرازي بين أصحاب أبي حنيفة، بينما عدّه ابن خلكان والصفدي شافعيا. والشاهُوي؛ بفتح الشين المعجمة، وضم الهاء، وفي آخرها الياء نسبة إلى شاهُويه، اسم للجد.

في مذهب أبي حنيفة، وليس كذلك، بل الحكم ينبنى على استحقاق الشفعة عند أبي حنيفة، والشفعة لا تكون لغير المالك.

وفي الاستحسان: وهو قول محمد[1]، الوصية لأهل مسجده، يستوى فيه[2] الساكن، والمالك، والاقرب، والأبعد، والمسلم، والكافر، والصبي، والمرأة، والحر، والمكاتب فيه [سواء][3].

وإن كان الساكن غير المالك، كانت الوصية للساكن دون المالك.

وذكر هلال أن الوصية لكل من سمع صوته في منزله.

وجه القياس: أن الجار المطلق من تكون له الشفعة، قال عليه السلام: «الجار أحق[4]

ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١١٨٢، و«الطبقات السنية» برقم ١٨٢٢، وفيات الأعيان ٤/ ٢١١، الوافي بالوفيات ٢/ ٤٤ طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٤٤، وأخبار أبي حنيفة وأصحابه، للصيمري، ص ١٥٦.

(١) قال الكاساني: قال محمد رحمه الله: أما أنا فأستحسن أن أجعل الوصية لجيرانه الملاصقين ممن يملك الدور وغيرهم ممن لا يملكها، ولمن يجمعه مسجد تلك المحلّة التى فيها الموصى من الملاصقين وغيرهم. «بدائع الصنائع»٧/ ٣٥١،

وذكر أبو الليث السمرقندي أنه روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة كذلك، انظر: «مختلف الرواية»، محيلا إلى الزيادات، ٧/ ٣٣٤٣، و البناية ١٠/ ٤٩٦.

(٢) قوله: "يستوى فيه ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د). .

(٤) أخرجه البخارى فى الشفعة، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع، عن عمرو بن الشريد عن أبى رافع مولى النبى ﷺ أنه سمع النبى ﷺ يقول: «الجار أحق بصقبه» الحديث: ٢٢٥٨،

بصَقَبه»[1]، ذكره بالألف واللام، وأنه لاستغراق الجنس، فكل من لا يستحق الشفعةَ لا يكون جارا، والشفعة تتعلق بالجوار المتلازق، ولأنه لم يُرد به العموم حتى لا يدخل في الوصية جار المحلة، وجار القرية والأرض، فيحمل على أخصّ الخصوص، وهو ما قلنا.

وجه الاستحسان: أن هذا اللفظ يتناول كل من يجمعه مسجد المحلة، قال عليه السلام: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد»[2]، فسّره علي رضي الله عنه[3] بكل من

وفي الحيل، باب في الهبة والشفعة، الحديث: ٦٩٧٧و ٦٩٧٨، وباب احتيال العامل ليهدي له، الحديث: ٦٩٨٠ و ٦٩٨١.

وأخرجه أبو داود في البيوع والإجارات، باب في الشفعة، الحديث: ٣٥١٦. وأخرجه ابن ماجه في الشفعة، باب الشفعة بالجوار الحديث: ٢٤٩٥. وباب إذا وقعت الحدود فلا شفعة، الحديث: ٢٤٩٨. وأخرجه النسائى فى البيوع، باب ذكر الشفعة وأحكامها، الحديث: ٤٧١٦.

(١) قال إبراهيم الحربى فى كتابه "غريب الحديث": الصقب بالصاد: ما قرب من الدار، ويجوز أن يقال: سقب، فيكون السين عوض الصاد.

ونقل ابن منظور فى "اللسان" عن ابن الأنبارى قال: أراد بالصقب الملاصقة والقرب، والمراد به الشفعة، كأنه أراد بما يليه. انظر لسان العرب، مادة صقب.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ٣/ ٧٥، ١١١، ورواه الدارقطني في سننه من حديث أبي هريرة، في كتاب الصلاة ١/ ٤٢٠، ورواه الحاكم في المستدرك من حديث أبي هريرة، ١/ ٢٤٦، والهندي في كنز العمال برقم ٢٠٧٣٧.

وهو حديث ضعيف، قال الإمام ابن حجر: حديث: "لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد"، مشهور بين الناس، وهو ضعيف، ليس له اسناد بثبت. انظر: «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» ٢/ ٢٩٣، وتنزيه الشريعة، ٢/ ٩٩، واللآلي المصنوعة للسيوطي، ٢/ ٩، والحاوي للفتاوى ١/ ٥٣٢، وتلخيص الحبير ٢/ ٣١، ونصب الراية، ٤/ ٤١٢.

يجمعه مسجد المحلة[1].

ولأن المقصود هو البرّ والمواساة، قال عليه الصلاة والسلام: «لاتُؤذِ جارك بقُتَارِ قدرِك[2] إلا أن تعطيه منه»[3] ويستوي فيه الملازق والمقابل.

فيدخل في هذه الوصية كل من يجمعه المسجد، ولا يدخل فيه أمهات [الأولاد][4] والمدبرون؛ لأنهم في السكنى اتباع للموالى[5]، ويدخل فيه المكاتب إذا كان ساكنا في المحلة؛ لأنه ملحق بالأحرار مستبدّ بالسكنى.

---

(٣) قوله: "رضي الله عنه" ساقط من (ج) و (د).

(١) رواه البيهقي في «المعرفة» من طريق الشافعي، عن علي رضي الله عنه أنه قال: لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد، قيل: ومَن جار المسجد؟ قال: من أسمعه المنادي. ورواه ابن أبي شيبة أيضا، انظر نصب الراية، ٤/ ٤١٣.

(٢) قوله: «قُتَارِ قدرِك» هو ريح القدر والشّواء ونحوهما. «النهاية في غريب الحديث والأثر» ٤/ ١٢

(٣) لم أعثر عليه بهذا اللفظ، وإنما ذكره الهيثمي عن معاوية بن حَيدة قال: قلت رسول الله! ما حق جاري؟ قال: «إن مرض عُدته، وإن مات شيّعته، وإن استقرَضَك أقرضْتَه، وإن أعوزَ سَتَرتَه، وإن أفاضَه خيراً هنّأته، وإن أصابته مصيبة عزيّته، ولا ترفع بنائك فوق بنائه فتسدّ عليه الريح، ولا تؤذه بريح قِدركَ إلا أن تَغرِف له منها». عزاه الهيثمي إلى الطبراني في المعجم الكبير وقال: فيه أبو بكر الهذلي، وهو ضعيف. «مجمع الزوائد ومنبع الفوائد» للهيثمي ٨/ ١٦٥.
وذكره ابن الأثير الجزري من حديث جابر في «النهاية» ٤/ ١٢. والزبيدي في «إتحاف السادة المتقين»، وابن عساكر في «تهذيب تاريخ دمشق» ٦/ ٣٠٨.

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٥) وفي (ج) و (د): "لأنهم أتباع في السكنى".

باب الوصية بمثل نصيب أحد الورثة إلا ثلث ما يبقى من الثلث

بنى الباب على أصول:

منها: أن الوصية بمثل نصيب أحد الورثة جائز[1]، وبنصيب أحد الورثة باطل؛ لأن الوصية بنصيب الورثة وصية بحق الغير فلا تصح، أما الوصية بمثل نصيب الورثة[2] وصية

---

(١) هذا نوع من الوصية بالمجهول، واتفق الفقهاء على أنه تصحّ الوصية بالمجهول، فالوصية جائزة، سواء كان الموصى به معلوما أو مجهولا، لأن الجهالة تمنع صحة المعاوضة، وهذا المعنى لايوجد في الوصية لرجل بعينه، ولأن هذه جهالة تمكن إزالتها من جهة الموصِي مادام حيا، ومن جهة ورثته بعد موته، فأشبهت جهالة المقرّ به في حال الإ قرار، وإنها لا تمنع صحة الإقرار بخلاف جهالة المقر له تمنع صحة الإقرار كذلك جهالة الموصَى له تمنع صحةاالوصية.
كما اتفق الفقهاء على أن الوصية تصح بمثل نصيب وارث، من غير تعيين، أو بمثل نصيب وارث معين، كالوصية بمثل نصيب ابنه أو بنته، أو بمثل نصيب وارث معدوم، كالوصية لفلان بمثل نصيب ابن لو كان؛ لأن ذلك وصية بمثل نصيب المذكور، ومثل الشيء غيره.
والإمام محمد رحمه الله ذكر في هذا الباب بعض أحكام الوصية بمثل نصيب وارث غير معين، وذكر في باب آخر أحكام الوصية بمثل نصيب وارث معين، ومسائل هذا البا ب يرجع إلى بيان استخراج القدر المستحق من الوصية بالمجهول، بالحساب، وهي المسائل الحسابية.
راجع: «مختصر الطحاوي» ص١٥٧، «مختصر اختلاف العلماء» ٥/ ٢٣، «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٥٦، «المبسوط» ٢٨/ ٥٠، «اللباب شرح الكتاب» ٤/ ١٧٥، «فتح القدير» ٨/ ٤٤٣، «المغني» ٦/ ٣٢.

(٢) وفى (ج ود): بمثل النصيب.

بحق نفسه، لأن مثل الشيء غيره، إلا أنه جعل نصيب الورثة معيارا للوصية، فصحّت وصيته.

ومنها: أن كل عدد لو[1] زدتَ عليه مثل نصفه، كان الزائد ثلث الجملة، ولو زدت عليه مثلَ ثلثه، كان الزائد رُبع الجملة.

وأصل آخر: أنه إذا تكلم بالوصية، واستثنى شيئا متردّدا، على قول عامة الحُسّاب[2] لا ينقص من الوصية إلا القدر المتيقّن، وعلى قول محمد لا يعطى بالوصية[3] إلا القدر المتيقن.

فعلى قول محمد تقلّ الوصية، ويكثر الاستثناء، وعلى قول الحُسّاب تكثر الوصية ويقلّ الاستثناء، وثمرة الخلاف تعرف في المسائل.

وفي الباب فصول ثلاثة:

أما الفصل الأول:

[قال محمد رحمه الله][4]: رجل مات، وترك ثلاثة بنين، وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب، فالنصيب عشرة، والثلث ثلاثة عشر، وللموصى له تسعة، والمستثنى واحد، ولتخريج هذه المسئلة طرق:

---

(١) لو ساقط من (ج ود).

(٢) قوله: "عامّة الحُسّاب"، صرّح الإمام قاضي خان بعد صفحات المراد به، فقال: «أراد "بعامة الحُسّاب" أبا يوسف والحسن بن زياد وغيرهما، ممن كان معروفا بالحُسّاب من أصحاب أبي حنيفة» انظر ص ٨١٩.

(٣) وفي (ج ود): "لا يعطى له إلا القدر".

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج ود).

منها طريقة الكتاب: وهي طريقة الحَشو، سميّت به[1] لأن محمدا حشا كتبَه من هذا الطريق، ووجه ذلك أن تأخذ عدد البنين، وذلك ثلاثة، وتزيد عليهم [واحدا][2] لمكان الوصية؛ لأنه أوصى بمثل نصيب أحدهم، ومثل الشيء غيره، فيزاد واحد على عدد البنين فيصير أربعة، ثم اضرب الأربعة في محل الوصية والاستثناء، وذلك ثلاثة فتصير اثني عشر، ثم زد عليه واحدا؛ لأن ذلك يعود إليهم بالاستثناء، فتصير ثلاثة عشر، فهو ثلث المال، والكل تسعة وثلاثون.

وأما معرفة النصيب الكامل: أن تأخذ النصيب، وذلك واحد، واضربه في ثلاثة ثم في ثلاثة كما ضربت ثلث المال، فيصير تسعة، ثم زد عليه واحدا كما زدت ثمة فهو النصيب، فإذا ظهر النصيب أعط بالنصيب عشرة، يبقى من الثلث ثلاثة استرجع بالاستثناء[3] مثل ثلث ما بقي، وذلك واحد، فيصير الباقي من الثلث أربعة، ضمّ الأربعة إلى ثلثي المال، وذلك ستة وعشرون فيصير ثلاثين، يقسّم بين البنين[4] الثلاثة، أصاب كل[5] ابن عشرة مثل ما أعطينا بالنصيب.

ومنها طريقة الجبر والمقابلة: وصورتها[6] أن تأخذ ثلث مال مجهول؛ لأنه محل الوصية، أعط بالوصية نصيبا مجهولا، يبقى معك ثلث مال إلا نصيب، وهو ثلاثة اتساع

---

(١) كذا في (ج ود)، وفي الأصل: "سميت بالحشو"، وفي (ا): انتسب بالحشو.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج).

(٣) وردت العبارة في (ج ود): استرجع بالاستثناء ثلثه واحداً فصار الباقي أربعة وما ثبت يصح.

(٤) البنين ساقط من (ا).

(٥) وفي (ج): لكل ابن.

(٦) وفي (ج): وهو، وفي (ا): وذلك.

مال إلا نصيب استرجع بالاستثناء من النصيب قدر ثلث ما بقي، وهو تسع مال إلا ثلث نصيب؛ لأن الباقي من الثلث قبل الاستثناء كان ثلاثة أتساع مال منقوصة بنصيب، فكان كل تسع منقوصا بثلث نضيب ضرورةً، فصار معك بعد الاستثناء أربعة أتساع مال إلا نصيبا، وثلث نصيب ضمّ هذا إلى ثلثي المال، فيصير معك مال وتسع مال إلا نصيبا، وثلث نصيب، وأنه يعدل ثلاثة أنصبا، لأنا أعطينا بالوصية نصيبا ينبغي أن يكون للورثة ثلاثة أنصبا غير أن المال ناقص بنصيب وثلث نصيب، فاجبره بأن تزيد عليه نصيبا وثلث نصيب، وإذا زدت على المال نصيبا وثلث نصيب زد فيما يعدله مثل ذلك، فصار بعد الجبر مال وتسع مال كامل[1] يعدل أربعة أنصبا، وثلث نصيب، غير أن المال زائد بالتسع.

والسبيل في الجبر والمقابلة أن تردّ ناقصها وزائدها[2] إلى مال كامل، فاطرح الزيادة، وهو التسع، وأنه عشر الجملة، وإذا طرحت من المال، والتسع عشره، اطرح عما يعدله عشرا، وليس لما يعدله، وهو أربعة أنصبا وثلث نصيب عشر صحيح، فاضرب أربعة أنصبا وثلث نصيب في مخرج العشر، فيصير ثلاثة وأربعين وثلث، فاطرح من ذلك عشرة، وهو أربعة وثلث، يبقى تسعة و ثلاثون فهو المال، وإذا ظهر أن المال الكامل تسعة وثلاثون ظهر أن[3] الثلث ثلث عشرة.

ومعرفة النصيب أنا ضربنا أربعة أنصبا وثلث نصيب في عشرة، كان كل نصيب مضروبا في عشرة، فيكون النصيب عشرة، فمتى عرفت النصيب الكامل، وعرفت ثلث المال خرجت المسئلة.

---

(١) كامل ساقط من (ا).

(٢) وفى (ا): ناقصًا وزائدًا.

(٣) من قوله: "إذا ظهر أن المال" ساقط من (ج).

ومنها طريقة الدينار والدرهم : وذلك أن تجعل ثلث المال دينارا، وكم شئنا من الدراهم بعد أن يكون لها ثلث ليسهل العمل، فجعلنا ثلث المال دينارا وثلاثة دراهم، وكل المال ثلاثة دنانير وتسعة دراهم، أعط بالوصية دينارا، بقي من الثلث ثلاثة دراهم، استرجعنا بالاستثناء قدر ثلث[1] ما بقي من الثلث، وذلك درهم واحد فيصير معنا من الثلث أربعة دراهم تضمّ هذا إلى ثلثي المال[2] وذلك ديناران وعشرة[3] دراهم، وقد أعطينا بالوصية دينارا ينبغي أن يكون لكل ابن دينار، ومعنا ديناران وعشرة دراهم، فالديناران بمثلهما قصاص، بقي عشرة دراهم تعدل دينارا واحدا، فظهر أن الدينار عشرة دراهم، وقد كُنّا جعلنا ثلث المال دينارا وثلاثة دراهم، فظهر أن ثلث المال كان ثلاثة عشرة درهما، وجميع المال تسعة وثلاثون درهما.

ومعرفة النصيب جعلنا النصيب في الابتداء دينارا، والدينار عشرة، فظهر أن النصيب كان عشرة دراهم[4]، فإذا ظهر النصيب، وظهر ثلث المال خرجت المسألة.

ومنها طريقة الخطائين[5]: وذلك أن يجعل النصيب كم شئنا بعد أن يكون أكثر من واحد ليصح منه الاستثناء بغير كسر، فجعلنا النصيب اثنين، وبقية الثلث عددا له ثلث حتى يمكن استثناء ثلث ما بقي، وذلك ثلاثة، فجعلنا ثلث المال خمسة، وكل المال

---

(١) قدر ثلث ساقط من (ج).

(٢) من قوله: وذلك درهم. . . ساقط من (ج).

(٣) وفي (أ): ستة دراهم.

(٤) دراهم ساقط من (ج).

(٥) "حساب الخطأين": علم يتعرّف منه استخراج المجهولات العديدة، إذ أمكن صيرورتها في أربعة أعداد متناسبة، ومنفعته نحو منفعة الجبر والمقابلة، إلا أنه أقل عموما منه وأسهل عملا. انظر لمزيد الإيضاح «مفتاح السعادة» / ٣٩٢، «جامع العلوم» ٢/ ٨٨.

عشرة[1]، أعطينا بالنصيب اثنين، [واسترجعنا واحدا][2]، بقي معنا من الثلث أربعة، ضممناها إلى ثلثي المال، وذلك عشرة، فيصير معنا أربعة عشر[3]، يعطى لكل ابن اثنين مثل ما أعطينا بالنصيب، يبقي معنا ثمانية، فظهر أنا أخطأنا بثمانية زائدة، ولأجل أن الخطأ زائد يجعل النصيب أكثر من اثنين ليذهب الخطأ، فتجعل النصيب ثلاثة، وبقية الثلث بحالها ثلاثة، فيصير ثلث المال ستة، يعطى بالنصيب ثلاثة، ونسترجع بالاستثناء قدر ثلث ما بقي، وذلك واحد، فيصير معنا من الثلث أربعة، ضممناها إلى ثلثي المال، وذلك اثنا عشر، فيصير معنا ستة عشر،[4] واسترجعنا واحدا يصير أربعة نضمّه إلى ثلثي المال، وذلك اثنا عشر، فيصير ستة عشر، وحاجتنا إلى تسعة؛ لأنا أعطينا بالوصية ثلثه، يجب أن يكون لكل ابن ثلاثة، فظهر أنا أخطأنا بسبعة زائدة، وقد كان الخطأ الأول بثمانية، وزيادة واحد يذهب من الخطأ واحد، وقد كان الخطأ الأول بثمانية، فجبر ما على النصيب الأول واحد، فإذا زدنا على النصيب الأول ثمانية يذهب الخطأ كله[5]، فجعلنا النصيب عشرة، وثلث المال عشر، والمال تسعة وثلاثين، والتخريج إلى آخره.

ومنها طريق الجامع الأصغر: وذلك أن نذكر طريقة الخطائين، فإذا ظهر أنا أخطأنا في المرّة الأولى بثمانية، وفي المرة الثانية بسبعة، نضرب الثلث الأول، وذلك خمسة في الخطأ الثاني، وهو سبعة، فيصير خمسة وثلاثين، ثم يضرب الثلث الثاني، وهو ستة في الخطأ الأول، وذلك ثمانية، فيكون ثمانية وأربعين، ثم ننقص أقلهما من أكثرهما، يبقى

---

(١) وفي (ا وج): والكل خمسة عشر.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا وج).

(٣) وفي (ج): فيصير أربعة.

(٤) من قوله: "ونسترجع بالاستثناء" ساقط من (ج) و(د).

(٥) كله فيجعل ساقط من (ج).

ثلاثة عشر فهو الثلث.

وأمّا معرفة النصيب أن تضرب النصيب الأول، وذلك اثنان في الخطأ الثاني، وذلك سبعة، فيكون أربعة عشر، واضرب النصيب الثاني، وذلك ثلاثة في الخطأ الأول، وهو ثمانية، فيكون أربعة وعشرين، تنقص أقلّهما من أكثرهما، يبقى عشرة، فهو النصيب، والتخريج إلى آخره[1].

ومنها طريق الجامع الأكبر: وذلك أن تذكر طريق الخطائين، فإذا ظهر الخطأ الأول والثاني، نضرب المال الأول، وهو خمسة عشر في الخطأ الثاني، وذلك سبعة، فيكون مائة وخمسة. ونضرب المال الثاني، وذلك ثمانية عشر في الخطأ الأول، وذلك ثمانية، فيكون مائة وأربعة وأربعين، ثم تنقص أقلّهما من أكثرهما، يبقى تسعة وثلاثون، فهو المال الكامل، والثلث ثلاثة عشر.

وأما معرفة الوصية[2] أن تضرب النصيب الأول، وذلك[3] اثنان في المال الثاني، وهو ثمانية عشر، فيكون ستة وثلاثون، ويضرب النصيب الثاني وهو ثلاثة في المال الأول، وهو خمسة عشر[4]، فيكون خمسة وأربعين، ثم تطرح أقلّهما وهو ستة وثلاثون من خمس وأربعين، يبقى تسعة، فإذا ظهر الثلث وظهرت الوصية خرجت المسألة[5].

---

(١) زيادة في الألف والأصل.

(٢) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): "النصيب" مكان "الوصية".

(٣) وفي (ج) و (د): "وهو اثنان".

(٤) وفي (ج) و (د): "وهو خمسة".

(٥) كذا في الأصل، وتغيرت العبارة في (ج) ففيه: "تطرح أقلّهما من أكثرهما، يبقى تسعة فهو الوصية".

الفصل الثاني:

إذا أوصى بمثل نصيب أحد بنيه إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية الحاصلة، قال: [1] للموصى له ستة أسهم [2] سبعة وعشرين سهما، وتخريجه بطريق الحشو أن تأخذ عدد البنين، وذلك ثلاثة، و تزيد عليه لمكان الوصية واحدا، فتصير أربعة، ثم تضربها في سهمين، فتصير ثمانية.

وإنما ضربنا الأربعة هنا في سهمين، وفي الفصل الأول ضربنا الاربعة [3] في ثلاثة، لأن في الفصل الأول جعل المسترجع ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب، والنصيب عبارة عن المدفوع بالوصية قبل الاسترجاع، فإذا كان المسترجع ثلث ما يبقى بعد النصيب قبل الاسترجاع لا بدّ أن يكون الباقي بعد النصيب قبل الاسترجاع عددا له ثلث صحيح ليمكن الاسترجاع قدر ثلثه من النصيب [4]، وأقلّ عدد له ثلث صحيح ثلاثة، فجعلنا بقية الثلث بعد النصيب ثلاثة، أما في الفصل الثاني جعل المستثنى قدر ثلث ما يبقى بعد الوصية الحاصلة، ومن ضرورة ذلك أن لا يكون بقية الثلث قبل الاسترجاع ثلاثة، بل من ضرورته أن يكون الباقي من الثلث قبل الاسترجاع اثنين ليكون ذلك مع المسترجع ثلاثة.

أما لو كان بقية الثلث قبل الاسترجاع ثلاثة، ويصير ذلك مع المسترجع أربعة، يكون المسترجع بعد الوصية الحاصلة قدر ربعه لا قدر ثلثه، فلهذا ضربنا الأربعة في الفصل الثاني في سهمين، وفي الفصل الأول ضربناها في ثلاثة، فإذا ضربنا الأربعة هاهنافي سهمين

---

(١) قال ساقط من (ج) و (د).

(٢) أسهم ساقط من (ج) و (د).

(٣) قوله: ضربنا الأربعة ساقط من (ج).

(٤) العبارة في (ج) و(د): ليمكن الاسترجاع من النصيب بقدر ثلثه.

يصير ثمانية، ثم تزيد واحدا كما زدنا في الفصل الاول[1] فيصير تسعة فهو ثلث المال، ثم اضرب في ثلاثة ليكمل المال، فيصير سبعة وعشرون.

وأما معرفة النصيب أخذنا ثلث المال، وأعطينا بالنصيب سبعة، بقي معنا من الثلث سهمان، استرجعنا من النصيب قدر نصف ما بقي وذلك واحد، فيصير معنا من الثلث[2] ثلاثة ضمّمناها إلى ثلثي المال، وهو ثمانية عشر، فيصير أحدا وعشرين تقسم بين البنين الثلاثة، لكل ابن سبعة مثل ما أعطينا بالنصيب..

وأما التخريج[3] بطريق الجبر والمقابلة: أن نأخذ محل الوصية، وهوثلث المال، فأخذنا ثلث مال مجهول، وأعطينا بالنصيب شيئا مجهولا[4]، بقي معنا ثلث مال إلا شيء، استرجعنا بالاستثناء قدر نصف ما بقي، و ذلك نصف الثلث إلا نصف شيء، فصار معنا ثلاثة أسداس مال إلا شيء، ونصف شيء، ونضمّ ذلك إلى ثلثي المال، وهو أربعة أسداس المال، فيصير معنا مال وسدس إلا شيء ونصف شيء، وإنه يعدل ثلاثة أشياء، لأنه نصيب الورثة، لأنا إذا أعطينا بالوصية شيأ ينبغي أن يكون للورثة ثلاثة أشياء، غير أن المال ناقص شيء ونصف شيء، فأجبره بزيادة شيء ونصف شيء.

وإذا زدت في المال ستا[5]، زد فيما يعدله مثله، فيصير معك مال وسدس مال كامل يعدل أربعة أشياء ونصف شيء، غير أن المال زائد بسدس فاطرح الزيادة حتى يبقى مال

---

(١) قوله: "كما زدنا في الفصل الاول" ساقط من (ج) و (د).

(٢) قوله: "من الثلث" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وفي (ج): "وأما طريق الجبر".

(٤) "مجهولا" ساقط من (ج) و (د).

(٥) سقط قوله: "وإذا زدت في المال ستا" من (ج) و (د).

كامل[1]، وذلك بأن نطرح عنه مثل سبعه.

وإذا طرحت سبع المال اطرح عما يعدله، وهو أربعة أنصبا ونصف سبع، وليس له[2] سبع صحيح، فاضرب أربعة ونصفا في سبعة، فيصير أحدا وثلاثين ونصفا، اطرح سبعه، وذلك أربعة ونصف، يبقى سبعة وعشرون، فهو المال الكامل، والثلث تسعة، والنصيب سبعة؛ لأنا ضربنا أربعة أنصبا ونصف في سبعة، فيكون كل نصيب سبعة، وإذا ظهر ثلث المال والنصيب، خرجت المسئلة.

وطريقة الدينار والدرهم: أن تجعل ثلث المال دينارا ودرهمين لما قلنا، وأعط بالنصيب دينارا، واسترجع من الدينار[3] مثل نصف ما بقي، وذلك درهم واحد، فيصير معك من الثلث ثلاثة دراهم[4]، ضمّ هذا إلى ثلثي المال، وهو ديناران وأربعة دراهم، فيصير معنا ديناران وسبعة دراهم، وحاجتنا إلى ثلاثة دنانير؛ لأنا أعطينا بالنصيب دينارا، فيجب أن يكون لكل ابن دينار، فالديناران بمثلها قصاص، بقي سبعة دراهم تعدل دينارا، فظهر أن الدينار سبعة، فعد إلى أصل، فاجعل أجزاء الدنانير أجزاء الدراهم، وأجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، كل دينار بمعنى سبعة، وكل درهم بمعنى واحد، وقد كنا جعلنا ثلث المال دينارا ودرهمين، والدينار سبعة، فيكون الثلث تسعة، أعطينا بالنصيب دينارا، وذلك سبعة، واسترجعنا منه سهما، فيصير معنا من الثلث ثلاثة ضمّمناها إلى ثلثي المال،

---

(١) العبارة: "الزيادة حتى يبقى مال كامل" ساقطة من (ج).

(٢) أي: لأربعة أنصبا ونصف.

(٣) قوله: "من الدينار" ساقط من (ج) و (د).

(٤) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): "فصار معنا ثلاثة دراهم".

وذلك ثمانية عشر، فيصير أحدا وعشرين، لكل ابن سبعة، مثل ما أعطينا بالنصيب[(١)].

وطريقة الخطائين: أن تجعل ثلث المال عددا لو أعطينا بالنصيب شيئا يمكننا استرجاع شيء منه، ويكون المسترجع مثل نصف ما بقي، وأقلّ ذلك[(٢)] أربعة، فجعلنا الثلث أربعة، لأنا أعطينا بالنصيب سهمين، واسترجعنا منه مثل نصف ما بقي سهما، وذلك واحد[(٣)]، فيصير معنا من الثلث ثلاثة ضممناها إلى ثلثي المال، وذلك ثمانية، فيصير أحد عشر، وحاجتنا إلى ستة؛ لأنا أعطينا بالنصيب سهمين، ينبغي أن يكون للبنين ستة، فظهر أنا أخطأنا بخمسة زائدة [فزد في النصيب، واجعله ثلاثة][(٤)].

ولأجل أن الخطأ كان من حيث الزيادة زدنا على النصيب، فجعلنا النصيب ثلاثة، وبقية الثلث على حالها، فيكون المال خمسة عشر، أعطينا بالنصيب ثلاثة، واسترجعنا من النصيب سهما واحدا[(٥)]، فصار معنا من الثلث[(٦)] ثلاثة ضممناها إلى ثلثي المال، وذلك عشرة، فيصير ثلثة عشر[(٧)] وحاجتنا إلى تسعة؛ لأنا إذا أعطينا بالوصية ثلاثة ينبغي أن يكون للبنين تسعة، فظهر أنا أخطأنا بأربعة زائدة، والخطأ الأول كان بزيادة[(٨)] بخمسة.

---

(١) قوله: "مثل ما أعطينا بالنصيب" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) وفي (ج) و (د): "وأقلّه أربعة".

(٣) سقط قوله: "وذلك واحد" من (ج) و (د).

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج).

(٥) "واسترجعنا من النصيب سهما واحدا" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "معنا من الثلث" ساقط من (ج) و (د).

(٧) "فيصير ثلثة عشر" ساقط من (ج) و (د).

(٨) "بزيادة" ساقط من (ج) و (د).

فإذا ذهب بزيادة سهم في النصيب واحد من الخطأ، علمنا أنا لو زدنا على النصيب الأول خمسة يذهب الخطأ كله، فنزيد على النصيب الأول خمسة، فصار النصيب[1] سبعة، وبقية الثلث اثنان، و جميع[2] الثلث تسعة، نعطي بالنصيب سبعة، ونسترجع واحدا، فيصير معنا من الثلث ثلاثة، نضمّها إلى ثلثي المال، وهو ثمانية عشر، فيصير أحدا وعشرون بين البنين الثلاثة أصاب[3]، لكل ابن سبعة مثل ما أعطينا بالنصيب، والتخريج لسائر الطرق على هذا الوجه.

الفصل الثالث:

إذا أوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما يبقى من الثلث ولم يزد عليه.

قال محمد رحمه الله: قال عامة الحُسّاب: هذا والفصل الأول من الباب سواء، وأما أنا فأقول: هذا والفصل الثاني سواء.

أراد "بعامة الحُسّاب" أبا يوسف والحسن بن زياد وغيرهما، ممن كان معروفا بالحُسّاب من أصحاب أبي حنيفة[4]، فعلى قول الحُسّاب يكثر الواجب، ويقلّ الاستثناء،

---

(١) "فصار النصيب" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "جميع" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "لثلاثة أصاب" ساقط من (ج) و (د).

(٤) ذكر شمس الأئمة السرخسي أثناء الكلام على "كتاب الوصايا" أن جميع مسائل هذا الكتاب وترتيبه عمل محمد بن الحسن رحمه الله، أما أصل التخريج والتفريع، فمن صنعة الإمام حسن بن زياد، وقد كان له من البراعة في علم الحساب ما لم يكن لغيره من أصحاب أبي حنيفة رحمه الله، ولكنه كان شكس الخلق، فكان لايؤلف معه لصغره، وكان يخلو فيصنف، ثم عثر محمد رحمه الله على تصنيفاته، فانتسخ من ذلك ما ظهر في بعض أبواب الجامع، وأكثر كتب

وعلى قول محمد يكثر الاستثناء وتقلّ الوصية.

وبيان ذلك أنا لو ألحقنا هذا بالفصل الأول يكون ثلث المال عشرة، والوصية تسعة كما في الفصل الأول، فيكون للموصى له ثلثا الثلث، وزيادة ثلث سهم، ولو الحق هذا بالفصل الثاني يكون ثلث المال تسعة، وللموصى [1] ستة كما في الفصل الثاني، وهو ثلثا الثلث، فيكون للموصى له ثلثا الثلث لا غير، فتقلّ الوصية، ويكثر الاستثناء.

وجه قول الحُسّاب: أنه أوصى له بمثل نصيب أحد البنين، لو اقتصر عليه كان للموصى له ربع المال، لو انتقص حقه من الربع إنما ينتقص بالاستثناء، فإذا أطلق الاستثناء، ولم يبيّن يحتمل الوجه الأول ويحتمل الوجه الثاني، فلا يبطل من الوصية إلا القدر المتيقّن.

ونظيره ما ذكر في "كتاب الإقرار": رجل قال: "لفلان عليّ ألف إلا مائة أو خمسون" كان عليه تسعمائة وخمسين، لأنه أقر بالألف، وأدخل الشك في الاستثناء فلا يخرج من الإقرار [2] إلا القدر المتيقن كذا هذا.

وقول الحُسّاب يوافق قول الشافعي، فإن عنده "الاستثناء": إخراج بطريق المعارضة [3].

الحساب من تلك الجملة، خصوصا هذا الكتاب، وفيه من دقائق الفقه والحساب ما لم يوجد مثله في غيره. «المبسوط» ٢٨/ ١١٠.

(١) "وللموصى ستة كما في الفصل الثاني" ساقط من (ج) و (د).

(٢) قوله: "الاستثناء فلا يخرج من الإقرار" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ذكر الخطيب الشربيني أن الاستثناء من الإثبات نفي وعكسه، لو قال: "له عليّ عشرة إلا خمسة أو ستة" لزمه أربعة لأن الدرهم الزائد مشكوك فيه، وذكر أن المختار عند الشافعية أن الاستثناء

حجته في ذلك قول أهل اللغة: "أن الاستثناء من النفي إثبات، ومن الإثبات نفي"، والإثبات لا يكون إلا بدليل مثبت[1].

وقال الله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِم أَلفَ سَنة إلا خَمسِينَ عَاما﴾[2] أي: إلا خمسين عاما لم يلبثوا، إلا أنه لم يذكر ذلك ايجازا، فعنده لا يثبت الحكم في المستثنى مع أن صدر الكلام بوجبه لنصٍّ يعارضه لا لعدم الموجب، وإذا كان الاستثناء إخراجا بطريق المعارضة، لا يَخرج إلا القدرُ المتيقن.

ولمحمد في المسألة[3] وجهان:

أحدهما: أن الاستثناء ليس بإخراج بطريق المعارضة[4]، لأن ذلك جمع بين

لبيان ما لم يرد بأول الكلام، لا أنه إبطال ما ثبت. انظر «مغني المحتاج» ٢/ ٣٢٢.

(١) أجاب الإمام السرخسي عن هذا الاستدلال بقوله: أما قول أهل اللغة: "الاستثناء من النفي إثبات ومن الإثبات نفي"، فإطلاق ذلك باعتبار نوع من المجاز؛ فإنهم كما قالوا هذا فقد قالوا إنه استخراج، وإنه عبارة عما وراء المستثنى، ولا بد من الجمع بين الكلمتين، ولا طريق للجمع سوى ما بينا، وهو أنه باعتبار حقيقته في أصل الوضع عبارة عما وراء المستثنى، وهو نفي من الإثبات، وإثبات من النفي باعتبار إشارته على معنى أن حكم الإثبات يتوقّت به كما يتوقت بالغاية، فإذا لم يبق بعده ظهر النفي لانعدام علة الإثبات، فسمي نفيا مجازا. «أصول السرخسي» ٢/ ٤١.

(٢) سورة العنكبوت، الآية: ١٤.

(٣) "وفي المسألة" ساقط من (ج) و (د).

(٤) دليل المعارضة في الحكم إنما يتحقق في الإيجاب دون الخبر لأن ذلك يوهم الكذب باعتبار صدر الكلام ومع بقاء أصل الكلام للحكم لا يتصور امتناع الحكم فيه بمانع، فلو كان الطريق ما قاله الخصم لا ختص الاستثناء بالإيجاب كدليل الخصوص ودليل الخصوص يختص بالإيجاب. «أصول السرخسي» ٢/ ٣٨.

الدليلين المتنافيين، أحدهما يوجب، والآخر ينفي في زمان واحد، وأنه تناقض، وكلام الله تعالى منزّه عن ذلك، بل الاستثناء تكلّم بالباقي بعد الثُّنْيا[1] بطريق البيان، وإنما يكون بيانا إذا لم يكن ثابتا من الأصل، لا أنه كان داخلا ثم خرج، دلّ عليه كلمة الشهادة[2]، فإن المثبت فيها غير داخل في النفي أصلا.

وقوله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فيهم ألفَ سنَة إلا خمسين عاما﴾[3]، فخمسون[4] تعرّض للعدد المذكور أوّلا لا لحكمه، لأنَ "الألف" لو بقيت ألفا لا تصلح اسما لما دونها[5].

والدليل عليه أنه لو قال: "لفلان عليّ ألف إلا مائة" يلزمه تسعمائة[6]، وإنما لا

---

(١) بضمّ الثاء وسكون النون وألف مقصورة في آخره، بوزن "الدنيا": اسم من الاستثناء. «المصباح المنير» ص ٨٥، «المغرب» ١/ ١٢٤.

(٢) يقصد كلمة التوحيد: «لا إله إلا الله»، وانظر «أصول السرخسي» ٢/ ٣٧.

(٣) سورة العنكبوت، الآية: ١٤.

(٤) "فخمسون" ساقط من (ج) و (د).

(٥) فصّله السرخسي في أصوله بأن "الألف" اسم موضوع لعدد معلوم، فما يكون دون ذلك العدد يكون غيره لا محالة، فلولا الاستثناء لكان العلم يقع لنا بأنه لبث فيهم ألف سنة، ومع الاستثناء إنما يقع العلم لنا بأنه لبث فيهم تسعمائة وخمسين عاما. وقال في موضع آخر: "الألف" اسم لعدد معلوم ليس فيه احتمال ما دونه بوجه، فلو لم يجعل أصل الكلام هكذا لم يمكن تصحيح ذكر الألف بوجه، لأن اسم الألف لاينطلق على تسعمائة وخمسين أصلا. انظر «أصول السرخسي» ٢/ ٣٥ و ٣٩.

(٦) قوله: "لفلان عليّ ألف درهم" مقتضاه وجوب العدد المسمّى في ذمته، ويتغير ذلك بقوله "إلا مائة" لا على طريق أنه يرتفع بعضَ ما كان واجبا ليكون نسخا، فإن ذلك هذا في الإخبار عن الماضي غير محتمل، ولكن على طريق أنه يصير عبارة عما وراء المستثنى، فيكون إخبارا عن

يلزمه المستثنى لعدم الإقرار بها، لا لمسقط وردّ عليه؛ لأن الرجوع عن الإقرار باطل، ويصح الاستثناء في الطلاق والعتاق، ولو كان الاستثناء إخراجا لا يصح؛ لأنهما لا يحتملان الرجوع.

إذا ثبت أن الكلام مع الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، فالشك في الاستثناء يكون شكا في الإيجاب، وإذا تمكّنت الجهالة في الواجب، لا يجب إلا المتيقن.

وأما مسألة الإقرار، فذاك رواية أبي سليمان[1]، أما في رواية أبي حفص[2] لا يلزمه إلا تسعمائة، وهو الصحيح.

والدليل على أن الاستثناء تكلّم بالباقي، أنه لو قال لغيره: "بعت منك هذين العبدين بألف درهم إلا هذا العبد"[3] فإنه يفسد البيع في العبد الآخر، ويكون ذلك ابتداء العقد فيه بحصته من الألف، ولو كان الاستثناء إخراجا كان هذا بقاء البيع[4] في الآخر

وجوب تسعمائة فقط. «أصول السرخسي» ٢/ ٣٦.

(١) هو موسى بن سليمان، أبو سليمان، الجوزجاني، راوى كتب الإمام محمد، تقدم ترجمته في كتاب الجنايات ص ١١٨٦.

(٢) هوأحمد بن حفص، المعروف بأبى حفص الكبير، البخاري، الإمام المشهور، من كبار تلامذة الإمام محمد بن الحسن، روى عنه «كتاب الأصل» وانتهت إليه رئاسة الأصحاب ببخارى، وتفقّه عليه أئمة لا تحصون، قال اللكنوي: توصيفه بالكبير بالنسبة إلى ابنه، فإنه يكنّى بأبى حفص الصغير.

ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١٠٤، «الطبقات السنية» برقم ١٨٦٠، «الفوائد البهية» ص ١٨، كتائب أعلام الأخيار برقم ٩٨، تاج التراجم ٦.

(٣) وفي (ج) و (د): "هذا العهد" وهو تصحيف.

(٤) وفي (ج) و (د): "العقد" مكان "البيع".

بحصته من الألف، فينبغي أن لا يفسد العقد في الآخر، كما لو باع عبدين بألف، ثم هلك[1] في ملك أحدهما قبل القبض.

والدليل عليه ما ذكر في المزارعة: إذا قال صاحب البذر للعامل: "شرطتُ لك نصف الخارج إلا خمسة أقفزة"، وقال العامل: "لا بل شرطت لي نصف الخارج"، كان القول فيه قول[2] صاحب البذر، ولو كان الاستثناء إخراجا، وجب أن لا يقبل قوله، لأنه يدعي فساد العقد بإخراج البعض عن الشرط.

والوجه الثاني لمحمد: أنه استثنى من الوصية[3] ثلث ما بقي من الثلث، وفي الفصل الثاني المستثنى ثلث ما بقي من الثلث، أما في الفصل الأول المستثنى بعد الاسترجاع يكون ربع ما بقي من الثلث، فإذا أطلق الاستثناء كان إلحاقه بالفصل الثاني أولى.

ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع ما يبقى من الثلث، فهو على الوجوه الثلاثة أيضا، ففي الوجه الأول: وهو ما لو قال: إلا ربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب، يجعل ثلث المال سبعة عشرة، والنصيب الكامل ثلاثة عشر.

والتخريج بطريق الحشو: أن تأخذ عدد البنين، وذلك[4] ثلاثة، وزد عليهم لمكان الوصية واحدا، فتصير أربعة، واضرب ذلك[5] في مخرج جزء المستثنى، وهو أربعة،

---

(١) قوله: "ثم هلك" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "فيه قول" ساقط من (ج) و (د).

(٣) قوله: "استثنى من الوصية" ساقط من (ج) و (د).

(٤) قوله: "البنين وذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٥) قوله: "البنين وذلك" ساقط من (ج) و (د).

فيصير ستة عشر، ثم زد واحدا فيصير سبعة عشر، فهو ثلث المال ثم، اضرب هذا[1] في ثلاثة لتكمل المال، فيصير أحدا أو خمسون.

وطريق معرفة النصيب: أن تأخذ النصيب، وذلك واحد، وتضربه في أربعة كما ضربت ثمّة، [ثم في ثلاثة][2]، فيصير اثني عشر، ثم زد عليه واحدا كما زدت ثمة، فيصير ثلاثة عشر، فإذا ظهر النصيب وظهر ثلث المال، أخذنا من الثلث أقل[3] النصيب ثلاثة عشر، بقي معنا من الثلث أربعة، استرجعنا من النصيب مثل ربع ما بقي، وذلك واحد، فيصير معنا من الثلث[4] خمسة ضممناها إلى ثلثي المال، وذلك أربعة وثلاثون، فيصير تسعة وثلاثين، إذا قسّمناها بين ابنين الثلثة، أصاب[5] كل ابن ثلاثة عشر، كما اعطينا بالنصيب[6].

و التخريج بطريق الدينار والدرهم: أن تجعل ثلث المال دينارا وأربعة دراهم لحاجتنا إلى ثلث لو رفعنا منه النصيب كان للباقي ربع صحيح، وأقلّ ذلك أربعة، فجعلنا ثلث المال دينارا وأربعة دراهم، أعطينا بالنصيب دينارا، بقي أربعة دراهم، استرجع من الدينار[7] قدر ربع ما بقي، وذلك درهم واحد[8]، فيصير معنا خمسة دراهم نضمّها إلى

(١) "هذا" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ج) و (د).

(٣) "أقل" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "من الثلث" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "إذا قسمنا ها بين ابنين الثلثة اصاب" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "كما اعطينا بالنصيب" ساقط من (ج) و (د).

(٧) "منْ الدينار" ساقط من (ج) و (د).

ثلثي المال، وذلك ديناران وثمانية دراهم، فيصير دينارا وثلاثة عشر درهما، وحاجتنا إلى ثلاثة دنانير حتى يكون لكل ابن دينار، فالديناران بمثلهما قصاص، يبقى ثلاثة عشر درهما تعدل دينارا، فعرفنا أن الدينار يعدل ثلاثة عشر درهما، وقد كنا جعلنا ثلث المال[1] دينارا وأربعة دراهم، فإذا كان الدينار ثلاثة عشر كان الثلث سبعة عشر درهما[2]، والنصيب الكامل ثلاثة عشر، والتخريج إلى آخره.

و أما طريق الجبر والمقابلة: أن تأخذ ثلثا مجهولا، وتعطي بالنصيب شيئا، بقي معنا ثلث إلا شيء، تسترجع بالاستثناء مثلَ ربع ما بقي سهم من اثني عشر، وهو نصف السدس إلا ربع نصيب، فيصير معنا خمسة أسهم إلا نصيب وربع نصيب، ضمّ هذا إلى ثلثي المال، وهو ثمانية ثلثا اثني عشر؛ لأن أقلّ عدد له ثلث، ولثلثه [ربع اثني][3] عشر، فيصير معنا مال ونصف سدس مال إلا نصيب، وربع نصيب [يعدل][4] أنصباء الورثة، غير أن المال ناقص بنصيب وربع نصيب، فأجبره بأن تزيد عليه نصيبا وربع نصيب، واذا زدت ذلك على المال زد فيما يعدله نصيبا وربع نصيب[5]، فيصير معنا مال، ونصف سدس مال يعدل أربعة أنصبا و[ربع[6]] نصيب.

---

(٨) "وذلك درهم واحد" ساقط من (ج) و (د).

(١) وفي (ج): "جعلنا الثلث".

(٢) "درهما" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٥) "نصيب" ساقط من (ج) و (د).

(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

غير أن المال زائد بنصف السدس، فاطرح الزيادة حتى يعود إلى مال كامل، وذلك بأن تطرح من المال جزءا من ثلاثة عشر جزءا من المال، وإذا [طرحت][1] هذه الزيادة عن المال اطرح عما يعدله مثل ذلك، وليس لأربعة أنصبا وربع نصيب جزء من ثلاثة عشر، فاضرب أربعة وربع في مخرج ذلك الجزء، وذلك ثلاثة عشر، فصار خمسة وخمسين وربعا، ثم اطرح عنه الجزء الثالث عشر، وذلك أربعة وربع، يبقى أحد وخمسون، فتبين أن المال الكامل احد وخمسون، والتخريج إلى آخره.

وطريقة الخطائين: أن تجعل ثلث المال[2] عددا، إذا رفعنا منه النصيب كان للباقي منه ربع، ويمكن استرجاع شيء من النصب، وأقلّ ذلك ستة، فجعلنا ثلث المال ستة، رفعنا بالنصيب اثنين، يبقى أربعة، استرجعنا من النصيب واحدا، ونضمّه إلى ما بقي من الربع، فيصير معنا خمسة نضمّها إلى ثلثي المال، وذلك اثني عشر بلغ سبعة عشر، وحاجتنا إلى ستة، لأنا إذا أعطينا بالنصيب اثنين، ينبغي أن يكون للبنين ستة، فظهر أنا أخطأنا بزيادة أحد عشر، ولأجل أن الخطأ من حيث الزيادة زدنا على النصيب، وجعلنا النصيب ثلاثة، وبقية الثلث أربعة، ثم أعطينا بالنصيب ثلاثة، واسترجعنا من النصيب واحدا، فيصير معنا خمسة، نضمها الى ثلثى المال، و ذلك اربعة عشر، وحاجتنا إلى تسعة، لأنا أعطينا بالنصيب ثلاثة[3]، ينبغي أن يكون لكل ابن ثلاثة، فاخطأنا بعشرة زائدة، وقد كان الخطأ الأول بأحد عشر، فكلما زدنا على النصيب واحدا ذهب من الخطأ واحد، فزدنا على النصيب الأول أحد عشر، فيصير النصيب ثلاثة عشر، والثلث سبعة

---

(١) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د).

(٢) "ثلث المال" ساقط من (ج) و (د).

(٣) لم ترد العبارة من قوله: "واسترجعنا من النصيب واحدا" إلى قوله: "أعطينا بالنصيب ثلاثة". في (ج) و (د).

عشر، والتخريج إلى آخره.

والوجه الثاني من هذا الفصل أن نقول: إلا ربع ما يبقى من الثلث بعد الوصية الحاصلة، فثلث المال هنا ثلاثة عشر، والنصيب عشرة، وطريق تخريجها على الطرق ما قلنا.

والوجه الثالث أن تقول: "إلا ربع ما يبقي من الثلث"، ولم تزد عليه، فهو على الاختلاف على قول الحُسّاب. .

هذا بمنزلة قوله: "إلا ربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب"، وعلى قول محمد هو بمنزلة قوله: "إلا ربع ما يبقي من الثلث بعد الوصية الحاصلة"، ولو قال: "إلا خمس ما يبقى من الثلث، أو إلا سدس ما يبقى من الثلث"، فهو على هذه الوجوه الثلاثة، وطريق تخريجها على الطرق ما قلنا فلا نعيد.

ولو مات، وترك خمسة بنين، وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما يبقى من الثلث وربعه، وهذه المسألة أيضا[1] على وجوه ثلاثة:

أحدها: أن يقول: "إلا ثلث ما يبقى من الثلث وربعه بعد النصيب"، وفي هذا الوجه الفريضة من مائتين وسبعة وثلاثين، وثلث المال تسعة وسبعون، والنصيب الكامل ثلاثة وأربعون، والمسترجع احد وعشرون.

وتخريجه بطريقة الكتاب: أن تأخذ عدد البنين وذلك خمسة، وتزيد عليه واحدا لمكان الوصية فيصير ستة، ثم تضرب ستة في مخرج الثلث والربع، وذلك اثني عشر، يكون اثنين وسبعين، وزد عليه ثلث وربع اثني عشر فيصير تسعة وسبعين، فهو ثلث المال، والثلثان ضعفه، فالكل مائتان وسبعة وثلاثون.

---

(١) "ايضا" ساقط من (ج) و (د).

وأما معرفة النصيب: أن نأخذ النصيب، وذلك واحد، ونضربه في اثني عشر كما ضربنا ثمة، يصير اثني عشر، ثم نضرب ذلك في ثلاثة كما ضربنا ثمة، صار ستة وثلاثين، ثم نزيد عليه ثلث وربع اثني عشر، وذلك سبعة كما زدنا ثمة، يصير ثلاثة وأربعين، فهو النصيب الكامل.

أخذنا ثلث المال، وأعطينا منه بالنصيب ثلاثة وأربعين، يبقى من الثلث ستة وثلاثون، استرجعنا بالاستثناء من النصيب مثل ثلث الباقي، وذلك اثني عشر، ومثل ربع الباقي، وذلك تسعة، فيكون المسترجع احدا وعشرين، ضمّ هذا مع بقية الثلث إلى ثلثي المال، وذلك مائة وثمانية وخمسون، فيصير مائتين وخمسة عشر، إذا قسّمتها بين خمسة بنين، أصاب كل ابن ثلاثة وأربعون مثل ما أعطينا بالنصيب.

وتخريجه بطريق الجبر والمقابلة: أن تجعل ثلث المال عددا له ثلث وربع، وذلك اثني عشر، وأعط بالوصية نصيبا مجهولا، يبقى معك ثلث مال إلا نصيب، استرجع بالاستثناء مثل ثلثه ومثل ربعه، وذلك سبعة إلا ثلث نصيب وربع نصيب، فيصير معك ثلث مال وثلث الثلث وربع الثلث، وذلك تسعة عشر إلا نصيب وثلث نصيب وربع نصيب، ضمّ هذا إلى ثلثي المال، وذلك أربعة وعشرون فيصير معك ثلاثة وأربعون إلا نصيب وثلث نصيب وربع نصيب، وأنه يعدل خمسة أنصبا، غير أنه ناقص بنصيب وثلث نصيب وربع نصيب، فأجبره بأن تزيد عليه نصيبا وثلث نصيب وربع نصيب، وإذا زدت عليه ذلك زد فيما يعدله، وهو خمسة أنصبا مثل الذي زدت، فيصير ستة أنصبا وثلث نصيب وربع نصيب، والمال زائد بثلث الثلث وربع الثلث، وهو سبعة من ثلاثة وأربعين، لأن ثلث المال إذا كان اثني عشر كان المال الكامل ستة وثلاثين، وثلث الثلث وربع الثلث سبعة، فتصير الجملة ثلاثة وأربعين، فاطرح الزيادة، وهي سبعة، من ثلاثة وأربعين حتى يعود [المال][1]

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

إلى المال كامل.

وإذا طرحت ذلك فاطرح عما يقابله، وهو ستة أنصبا وثلث نصيب وربع نصيب، سبعة من ثلاثة وأربعين؛ وليس لستة أنصبا وثلث نصيب وربع نصيب سبعة من ثلاثة وأربعين، فاضرب ستة أنصبا في ثلثة واربعين، فيكون ما تتان وثمانية وخمسون، وثلث نصيب، وربع نصيب، وذلك سبعة من اثني عشر، إذا ضربت في ثلاثة واربعين يكون خمسة وعشرين ونصف سدس، فيكون الجملة مائتين وثلاثة وثمانين ونصف سدس[1]، اطرح سبعة من كل ثلاثة وأربعين، وذلك ستة وأربعون ونصف سدس، يبقى مائتان وسبعة وثلاثون، فهو المال الكامل، وثلثه تسعة وسبعون.

وطريق معرفة النصيب: أنا ضربنا ستة أنصبا وثلث نصيب وربع نصيب في ثلاثة وأربعين، فكان كل نصيب ثلاثة وأربعين، وإذا ظهر ثلث المال، والنصيب خرجت المسألة.

وطريقة أخرى من الجبر والمقابلة: أن نجعل ثلث المال نصيبا واثني عشر لحاجتنا إلى أن يكون للباقي بعد النصيب ثلث وربع، وندفع بالوصية نصيبا، ونسترجع منه ثلث وربع ما بقي، وذلك سبعة، فيصير[2] معنا من الثلث تسعة عشر، نضمّه إلى ثلثي المال، وذلك نصيبان وأربعة وعشرون، يصير معنا نصيبان وثلاثة وأربعون، وأنه يعدل خمسة أنصبا، فنصيبان بنصيبين، يبقى ثلاثة وأربعون تعدل ثلاثة أنصبا، كل نصيب أربعة عشر وثلث، وقد كنا جعلنا ثلث المال نصيبا واثني عشر، والنصيب أربعة عشر وثلث، فذلك ستة

---

(١) كذا في الأصل، واختصرت العبارة في (ج) و (د): فجاء فيه: "فاضرب ستة أنصبا وثلث نصيب وربع نصيب في ثلاثة وأربعين، فيكون مائتين وثلاثة وثمانين ونصف سدس".

(٢) وفي (ج) و (د): "فيكون".

وعشرون وثلث، انكسر بالأثلاث، فاضربه في ثلاثة، فيصير الثلث تسعة وسبعين، والنصيب ثلاثة وأربعين.

وطريقة الدينار والدرهم: أن نجعل ثلث المال دينارا واثني عشر درهما لحاجتنا إلى أن يكون للباقي من الثلث بعد النصيب ثلث وربع، ثم أعطينا بالنصيب دينارا، يبقى معنا اثني عشر، استرجعنا من الدينار ثلث وربع ما بقي، وذلك سبعة، فيصير معنا تسعة عشر درهما نضمّها إلى ثلثي المال، وذلك ديناران وأربعة وعشرون درهما، وحاجتنا إلى خمسة دنانير، فالديناران بمثلهما قصاص، يبقى ثلاثة وأربعون درهما[1] تعدل ثلاثة دنانير، فاقلب القصة، واجعل أجزاء الدنانير أجزاء الدراهم، وأجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، كل دينار بمعنى ثلاثة وأربعين، وكل درهم بمعنى ثلاثة، وقد كنا جعلنا ثلث المال دينارا واثني عشر درهما، والدينار ثلاثة وأربعون، وكل درهم بمعنى ثلاثة، فكان ثلث المال تسعة وسبعين، والنصيب ثلاثة وأربعين.

والوجه الثاني من هذه المسئلة: أن يقول: "أوصيت بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث وربع ما يبقى من الثلث بعد الوصية الحاصلة"، فالفريضة من مائة وأحد عشر، وثلث المال سبعة وثلاثون، والنصيب اثنان وعشرون.

وتخريجه بطريق الكتاب: أن تأخذ عدد البنين، وذلك خمسة، وزد عليهم لمكان الوصية واحدا، فيصير ستة، ثم اضرب ستة في عدد لو ضمّمت إليه كان المستثنى ثلث الجملة وربعه، وأقلّ ذلك خمسة، فإنا إذا ضمّمنا سبعة إلى خمسة، يصير اثني عشر، وسبعة من اثني عشر ثلثه وربعه، فضربنا ستة في خمسة، فصار ثلاثين، ثم زدنا عليه الجزء المستثنى، وهو الثلث والربع، وذلك سبعة، فيصير سبعة وثلاثين، فهو ثلث المال، ثم

---

(١) "درهما" ساقط من (ج) و (د).

نضرب هذا في ثلاثة لتكميل المال، فيصير مائة وأحد عشر.

وطريق معرفة النصيب: أن تاخذ[1] النصيب، وذلك واحد في خمسة كما ضربت ثلث المال، فيصير خمسة، ثم اضرب الخمسة في ثلاثة كما ضربت ثمة، فيصير خمسة عشر، ثم زد عليه سبعة، فيصير اثنين وعشرين، فهو النصيب الكامل.

وأعط بالوصية اثنين وعشرين، بقي من الثلث خمسة عشر، استرجع بالاستثناء مكان كل خمسة سبعة حتى يكون المستثنى ثلث الجملة وربعه، فاسترجعنا ثلاث مرات سبعة، فذلك أحد وعشرون، وضمّمنا هذا إلى خمسة عشر، فيصير ستة وثلاثين، ضمّنا ذلك إلى ثلثي المال، وذلك أربعة وسبعون، فيصير مائة وعشرة، إذا قسمت بين خمسة بنين، أصاب كل ابن اثنان وعشرون مثل ما أعطينا بالنصيب، وصار للموصى له سهم واحد من مائة وأحد عشر سهما.

وتخريجها بطريق الجبر والمقابلة: أن تأخذ ثلث مال مجهول، وأعط بالوصية نصيبا مجهولا، واسترجع بالاستثناء مثل ما بقي، ومثل خمسيه، حتى يكون المسترجع بعد الضم ثلث الجملة وربعها؛ لأنا نعلم أن كل عدد لو ضمّ إليه مثله ومثل خمسيه، يكون المضموم ثلث الجملة وربعه، والباقي ثلث مال إلا نصيب، فاسترجع بالاستثناء ثلث مال إلا نصيب، وخمسي الثلث إلا خمسي نصيب، فيصير معك ثلثا مال وخمسا ثلث مال إلا نصيبن وخمسي نصيب، ضمّ هذا إلى ثلثي المال، فصار مالا وثلث مال وخمسا ثلث مال إلا نصيبين وخمسي نصيب، وأنه يعدل خمسة أنصبا، وأنه ناقص بنصيبين وخمسي نصيب، فأجبره بأن تزيد عليه نصيبين وخمسي نصيب.

وإذا زدت في المال ذلك حتى صار مالا وثلث مال وخمسا ثلث مال، وهو بالأجزاء

---

(١) وفي (ج) و (د): "أنتضرب".

اثنان وعشرون، زد فيما يقابله، وهو خمسة أنصبا مثل ذلك، فصار خمسة أنصبا وخمسي نصيب، غير أن المال زائد فاطرح الزيادة، وذلك بأن تطرح سبعة من اثنين وعشرين، لأن المال خمسة عشر حيث جعلنا الثلث خمسة، واسترجعنا خمس الثلث، وإذا كان ثلث المال خمسة كان الكل خمسة عشر، وأنه زائد بالثلث، وهو خمسه وخمسا الثلث، وذلك سهمان، فتكون الزيادة سبعة، فكان الكل اثنين وعشرين، فاطرح منه سبعة حتى يبقى المال الكامل، واطرح عما يقابله، وذلك سبعة أنصبا، وخمسا نصيب أيضا سبعة من اثنين وعشرين، وليس له ذلك، فاضرب سبعة أنصبا وخمس نصيب في اثنين وعشرين، فيكون مائة واثنان وستون أربعة أخماس؛ لأن سبعة أنصبا إذا ضربت في اثنين وعشرين، يكون مائة وأربعة وخمسين، وخمس النصيب إذا ضربت في اثنين وعشرين يكون خمس اثنان وعشرين، وذلك ثمانية اسهم وأربعة أخماس سهم، فتكون الجملة مائة واثنين وستين وأربعة أخماس[سهم][1]، اطرح من كل اثنين وعشرين سبعة، فاطرح أحدا وخمسين وأربعة أخماس، يبقى مائة وأحد عشر، هو المال الكامل، وثلثه سبعة وثلاثون.

وأما معرفة النصيب: ضربنا النصيب في اثنين وعشرين، فكان النصيب اثنين وعشرين، أعط بالنصيب اثنين وعشرين، بقي من الثلث خمسة عشر، استرجع من النصيب لكل خمسه من بقية الثلث سبعة، فيكون المسترجع أحدا وعشرين، ضمّ هذا مع بقية الثلث إلى ثلثي المال، فيصير مائة وعشرة، إذا قسمت بين البنين أصاب كل ابن اثنان وعشرون مثل ما أعطينا بالنصيب.

وتخريجها بطريق الدينار والدرهم: أن تجعل ثلث المال دينارا وخمسة دراهم لما قلناه، أعط بالنصيب دينارا، واسترجع بالاستثناء سبعة دراهم، يصير معك اثني عشر درهما، ضمّ هذا إلى ثلثي المال، وذلك ديناران وعشرة دراهم، فصار دينارين واثنين

---

(١) ما بين المعكوفتين زيد من (ج) و(د).

وعشرين درهما، وحاجتنا إلى خمسة دنانير، فالديناران بمثلهما قصاص، بقي معنا اثنان وعشرون درهما تعدل ثلاثة دنانير، فاقلب القصة، واجعل أجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، وأجزاء الدنانير أجزاء الدراهم، فصار كل دينار اثنين وعشرين درهما، وكل درهم ثلاثة، وقد كنا جعلنا ثلث المال دينارا، وذلك اثنان وعشرون وخمسة دراهم، وذلك خمسة عشر، كل درهم ثلاثة، فكان ثلث المال سبعة وثلاثين.

وأما معرفة النصيب: جعلنا النصيب دينارا، وذلك اثنان وعشرون، [فإذا][1] ظهر النصيب وثلث المال، خرجت المسئلة.

والوجه الثالث: أن يقول: "إلا ثلث وربع ما يبقى من الثلث"، ولم يزد عليه، فيه اختلاف: على قول الحُسّاب هذا بمنزلة الوجه الأول، وعلى قول محمد هذا بمنزلة الوجه الثاني.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

باب الوصية تكون لواحد وقد سمّى معه غيره وما يكون له نصفها

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن الوصية بالثلث، أو بعَين من أعيان ماله إذا وقعت لإثنين أو لجماعة بكلمة توجب التبعيض بينهم، يقتصر على البعض ولا يتكامل، وإن زالت المزاحمة، حتى لا يستحق الواحد منهم كل الثلث، لأن للاستحقاق حكم الإيجاب، وإيجاب البعض لا يكون إيجابا للكل[1].

وإن وقعت الوصية لكل واحد منهم بكل الثلث، يدخل النقصان بحكم المزاحمة، فإن انعدم المزاحم من الأصل، سلّم للباقي منهما كل الثلث.

فإن خرج المزاحم بعد صحة الإيجاب يخرج بحصته، ولا يسلم للآخر كل الثلث، لأن الوصية صحت لهما، وثبتت الشركة، فبطلان حق أحدهما بعد الثبوت لا يوجب زيادة في حق الآخر.

---

(١) أصّل العتابي لهذا الباب بأسلوب مختلف، فقال: أصل الباب أن الوصية متى كانت لشخصين، لكل واحد بجميع الثلث، فإن كانا مزاحمين بأن كانا من أهل الاستحقاق، كانت وصيته لكل واحد بنصف الثلث، حتى لو فات الاستحقاق في حق أحدهما بفَقد شرط زائد، كان للآخر نصف الثلث، وإن انعدم المزاحمة من الأصل، بأن لم يكن أحدهما من أهل الاستحقاق، كان للآخر جميع الثلث، لأن غير المستحق لايصلح مزاحما له. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ١٥٨.

والأصل الثاني: أن جهالة الموصى له تمنع صحة الوصية[1]، لأنها تمليك، فلا يتمّ بدون القبول، والقبول من المجهول ممتنع[2].

فإن كان الموصى له معيّنا وقت الوصية، كانت الوصية إيجابا وقت وجودها، وإن لم يكن معيّنا وقت الوصية، وتعيّن عند الموت صحّت الوصية[3]، وتعتبر إيجابا عند الموت؛ لأن حكم الوصية ثبت عند الموت، فكان تعيّن الموصى له عند الموت كتعيّنه وقت الوصية، اعتبارا للموصى له بالموصى به، فإن الموصى به لو كان عينا يعتبر إيجابا للحال، وإن لم يكن عينا يعتبر إيجابا وقت الموت، حتى لو أوصى بعين لا يملكه، ثم ملكه قبل الموت، لا تصح الوصية، وتعتبر إيجابا وقت الوصية.

ولو أوصى بثلث ماله، ولا مال له، ثم ملك مالا قبل الموت صحت الوصية، وتعتبر إيجابا وقت الموت، كذلك هنا.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

---

(١) ذكر الكاساني من بين شروط الموصى له أن لايكون مجهولا جهالة لايمكن إزالتها، فإن كان لم تجز الوصية له، لأن الجهالة التي لايمكن استدراكها تمنع من تسليم الموصى به إلى الموصى له، فلا تفيد الوصية. ثم بيّن ما يتفرّع على هذا الشرط، انظر: «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٤٢، «تبيين الحقائق» ٦/ ١٨٤.

(٢) ذكره العتّابي عند بيان أصل الباب: إن كان الموصى له معيّنا معلوما تعتبر أهليته للدخول تحت الوصية يوم الوصية، وإن لم يكن معينا تعتبر عند الموت. «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ١٥٨.

(٣) لأن الوصية تمليك عند الموت، فلا بد من أن يكون الموصى له معلوما في ذلك الوقت، حتى يقع الملك له، ويمكن تسليم الموصى به إليه.

رجل قال: "أوصيت بثلث مالي لفلان وفلان"، أو قال: "لفلان ولفلان"، وأحدهما ميّت، كان للحيّ منهما كل الثلث[1]، علم الموصي بذلك أو لم يعلم؛ لأن قوله: "أوصيت بثلث مالي لفلان" وصية بكل الثلث، فإذا عطف الثاني على الأول، ولم يذكر للثاني خبرا، كان خبرا للثاني، كأنه قال: "وأوصيت بثلث مالي لفلان"، ولو صرح بذلك يكون موصيا لكل واحد منهما بجميع الثلث، ولا يكون الثاني دافعا للأول، لأن حكم الوصية لا يثبت في الحال، فجاز أن ينعقد الثاني مع الأول.

كما لو وكل رجلا ببيع ماله، ثم وكل آخر، وإذا صار موصيا لكل واحد منهما بجميع الثلث، لو انتقص الحق إنما ينتقص بحكم المزاحمة، ولم تتحقق المزاحمة ههنا، لأن الميت ليس من أهل إثبات الملك له، فبقي للحيّ منهما كل الثلث.

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه قال: إذا لم يعلم الموصي بموت أحدهما كان للحيّ منهما نصف الثلث[2]، لأنه إذا علم كان هازلا لاعبا، فيبطل ذكر الميّت، كما لو ضمّ إليه

---

(١) وهذا عند الإمام أبي حنيفة ومحمد، وروي عن أبي حنيفة أيضا أن مثل هذه الوصية باطلة، وعند أبي يوسف للحي منهما نصف الثلث، كما سيذكره الشارح، وبناء هذا الخلاف على مسألة أخرى ذكرها الكاساني، وهي ما إذا أوصى بثلث ما له لفلان وفلان أو أوصى بثلث ما له لأحد هذين الرجلين، روي عن أبي حنيفة رحمه الله أن الوصية باطلة، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنها صحيحة، غير أن عند أبي يوسف الوصية لهما جميعا، وعند محمد لأحدهما، وخيار التعيين الى الورثة يُعطون أيهما شاؤا.

انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٣٦، و«مختصر الطحاوي» ص١٦٢، و«شرح مختصر الطحاوي» للجصاص ٢/ ٥٥٥، و«مختصر اختلاف العلماء» ٥/ ٥٨، و«المبسوط» ٢٧/ ١٥٩، و«البناية» للعيني ١٠/ ٤٥٥.

(٢) فرّق الإمام أبو يوسف رحمه الله بين علمه بموته وجهله، وذكر الطحاوي في مختصره أن أبا

حائطاً أودابة، وإذا لم يعلم كان قصده الشركة، وإيجاب الوصية لكل واحد منهما بنصف الثلث، وصحة الوصية تعتمد القصد، فلا يستحق كل الثلث.

ووجه ظاهر الرواية: ما قلنا إن نقصان حق كل واحد منهما عن الثلث حكم المزاحمة، والشركة في الإيجاب، والإيجاب للميّت باطل، فلا تثبت المزاحمة[1].

ولو قال: "ثلث مالي لفلان وفلان"، وهما حيان، فمات أحدهما قبل موت الموصي، كان للباقي منهما نصف الثلث، والنصف لورثة الموصي، لأن الوصية صحت لهما لقيام الأهلية عند الإيجاب، وإن تأخّر الاستحقاق إلى وقت الموت.

كما لو أوصى لوارثه ولأجنبي، كان للأجنبي نصف الثلث[2]، لأن الوصية صحت

يوسف ذهب في قوله الأول إلى ما قاله أبو حنيفة ومحمد، ثم قال بعد ذلك فيما روى عنه أصحاب الإملاء إن كان يعلم بموته فالقول كذلك، وإن كان لا يعلم بموته فللحي نصف الثلث، ويرجع نصفه الباقي إلى ورثة الموصي. «مختصر الطحاوي» ص١٦٢.

وجاء في «مختصر اختلاف العلماء»: قال أبو يوسف: إذا كان مجهول الموت فللباقي نصف الثلث، وإذا كان معروف الموت، فهو كما قال أبو حنيفة. ٥/ ٥٩. وانظر «المبسوط» ٢٧/ ١٥٩، و«البناية» للعيني ١٠/ ٤٥٥

(١) رجّح الطحاوي هذه الرواية وقال: "وبه نأخذ"، وعلّل له في اختلاف العلماء بقوله: قال أبو جعفر: وصية الميت بينهما قد بطلت، فكيف يحاص ورثة الموصى له الحي بوصية قد بطلت، فوجب أن يكون الثلث كله للحي، ولا فرق بين علمه بموته وجهله. انظر «مختصر الطحاوي» ص١٦٢، و«مختصر اختلاف العلماء» ٥/ ٥٩.

(٢) لأن الوصية للوارث واقعة، وتلحقها الإجازة من بقية الورثة. انظر «مختصر الطحاوي» ص١٦٢، وشرحه للجصاص ٢/ ٥٥٦.

وقال الاسبيجابي في «شرح مختصر الطحاوي»: وإن لم يجز سائر الورثة، بطلت الوصية في

لهما لقيام الأهلية، حتى لو أجازت الورثة جازت الوصية للوارث، فلا يتكامل الثلث للأجنبي، كذلك ههنا.

ولو قال: "ثلث مالي بين فلان وفلان"، وأحدهما ميّت، كان للحيّ نصف الثلث[1]، علم الموصي بذلك أو لم يعلم.

وكذا لو قال: "ثلث مالي بين فلان، وبين هذا الحائط"، كان لفلان نصف الثلث؛ لأن كلمة "بين" في الأصل للتنصيف[2]، ولهذا لو قال: "ثلث مالي بين فلان"، ولم يزد عليه، كان لفلان نصف الثلث، وكذا لو قال لامرأتين له: "بينكما تطليقان"، يقع على كل واحدة واحدة.

وقد ذكرنا أن الوصية إذا وقعت بكلمة التبعيض لا يتكامل، بخلاف الفصل الأول؛ لأن ثمة الوصية وقعت لكل واحد منهما بالثلث، وإنما يدخل النقصان بحكم[3] المزاحمة،

حصة الوارث، وبقي نصف الثلث للأجنبي، ولا يكون جميع الثلث للأجنبي، لأن إضافته إلى وارثه صحيحة، ألا ترى أنه لو أجاز سائر الورثة جاز، وقد أوصى لكل واحد بنصف الثلث، فيكون له ذلك. شرح مختصر الطحاوي للاسبيجابي ٢/ لوحة: ٥٨.

(١) كذا في «مختصر الطحاوي» ص١٦٣، و«شرح مختصر الطحاوي» للجصاص ٢/ ٥٥٦، ونقل العلامة أبو الوفاء الأفغاني في هامش «مختصر الطحاوي»: ولو أوصى بثلث ماله بين فلان وفلان وأحدهما كان ميتا، فإن للحي نصف الثلث، خلاف المسألة الأولى، لأن كلمة "بين" كلمة تجزئة وتقسيم، فقد أوصى لكل واحد بنصف الثلث. ص ١٦٣.

(٢) قال الكفوي: بَيْنَ: كلمة تنصيف وتشريك، حقها أن تضاف إلى أكثر من واحد. «الكليات» ص ٢٣٣. وقال السرخسي: كلمة "بين" كلمة تقسيم وتجزئة. «المبسوط» ٢٧/ ١٥٩.

(٣) وفي (ج) و (د): "بطريق المزاحمة".

فإذا لم تثبت المزاحمة لا ينتقص، ولهذا لو قال: "ثلث مالي لفلان"، ولم يزد عليه كان لفلان كل الثلث.

وكذا لو قال: "ثلث مالي لفلان ولعَقبه"، كان لفلان كل الثلث؛ لأن "عقبه": من يخلفه بعد موته، ولا يكون العقب في حياته[1]، وإذا لم توجد المزاحمة بقي له كل الثلث، كما لو قال: "أوصيت بثلث مالي[2] لفلان وفلان"، وأحدهما ميّت.

ولو قال: "ثلث مالي بين فلان وبين عقبه"، كان لفلان نصف الثلث، اعتبارا لكلمة "بين".

ولو قال: "ثلث مالي لفلان ولولد عبدالله"، فمات [3] ولد عبد الله قبل موت الموصي، كان لفلان كل الثلث، لأنه إذا أبهَمَ ولد عبد الله، ولم يعيّن بالإشارة، كانت الوصية إيجابا لولده الموجود عند موت الموصي، فإذا لم يكن لم تثبت المزاحمة، والوصية كانت بلفظ يستحق بها الثلث، فسلم للأول كل الثلث.

فإذا لم يكن لعبد الله ولد وقت الوصية، ثم ولد له أولاد، أو كان له ولد وقت

---

(١) جاء في هامش «مختصر الطحاوي»: وبمثله لو قال: "أوصيت بثلث مالي لفلان ولعقبه"، يكون الثلث كله لفلان، لأن الإضافة إلى "العقب" لا تصح، لأنهما لا يجتمعان معا أبدا، لأن العقب يكون بعده. «مختصر الطحاوي» ص١٦٣.

وعلّله السرخسي بقوله: لأن الإضافة إلى العقب فاسدة، لأن "عقبه" من يعقبه، فإذا كان هو حيا، لايكون له عقب، وإذا بطلت الإضافة إلى العقب ثبت ثلث المال إليه. انظر «المبسوط» ٢٧/ ١٥٩.

(٢) وفي (ج) و (د): "بكل مالي"، وهو خطاء.

(٣) "ولد" ساقط من (ج) و (د).

الوصية فماتوا، ثم ولد له عشرة أولاد، ثم مات الموصي، كان الثلث بين فلان وبين ولد عبد الله على عدد رؤسهم؛ لأنه أبهَمَ ولد عبد الله، فكانت الوصية إيجابا عند الموت.

ولو قال عند موته: "ثلث مالي لفلان ولولد عبد الله"، ولعبد الله عشرة أولاد، كان الثلث بينهم على أحد عشر على عدد رؤسهم؛ لأن اسم "الولد" اسم جنس يتناول الكل، فكذلك هنا.

وكذا لو قال: "ثلث مالي لفلان ولمن كان في هذا البيت"، ولم يكن في البيت أحد، كان لفلان كل الثلث، لأنه أشرك غير المعيّن، فاعتبر إيجابا عند الموت، فإذا لم يكن في البيت أحد وقت الموت لم يثبت الإشراك.

وكذا لو قال: "ثلث مالي لفلان ولفقراء ولد عبد الله" فمات الموصي، وليس في ولد عبد الله فقير، أو كانوا فقراء وقت الوصية، واستغنوا قبل الموت، كان الثلث لفلان؛ لأنه أوصى لفقراء ولد عبد الله غير معيّن، فيعتبر إيجابا عند الموت.

ولو كان فيهم فقراء عند الوصية، فاستغنوا، وافتقر قوم آخرون، كان الثلث بين فلان وبين من كان من ولد عبد الله فقيرا يوم مات الموصي على عدد رؤسهم لما قلنا.

ولو قال: "ثلث مالي لفلان ولأولاد عبد الله هؤلاء" فمات أولاد عبد الله، ثم مات الموصي، كان لفلان حصته من الثلث؛ لأن الوصية وقعت لمعيّن كان من أهل الاستحقاق، فتثبت المزاحمة، فبعد ذلك إن زالت المزاحمة لا يتكامل حق الآخر.

ولو قال: "ثلث مالي لفلان وفلان ابن عبد الله إن متّ وهو فقير"، فمات الموصي، وفلان بن عبد الله غني، كان لفلان نصف الثلث، لأنه أشرك المعيّن إلا أنه علّق ثبوت حكم الوصية بالشرط، والوصية لم تشرع إلا مضافا أو معلقا، فتعلق الحكم بالشرط لا

يمنع انعقاد الوصية، كتعلقه بشرط بقاء الموصى له إلى أن يموت الموصي[1].

وإذا انعقدت الوصية، كان موجبا لكل واحد منهما بنصف الثلث، فإن بطل استحقاق أحدهما لفقد شرطه، وهو الفقر، لا يزداد حق الآخر، كما لو أوصى بثلث ماله لفلان وفلان، ثم مات أحدهما قبل موت الموصي.

وكذا لو قال: "ثلث مالي لفلان ولعبد الله إن كان عبد الله في هذا البيت"، ولم يكن عبد الله في البيت، كان لفلان نصف الثلث؛ لأنه أشرك المعيّن في الإيجاب، وعلّق الحكم بالشرط.

لو قال: "ثلث مالي لفلان ولعبد الله إن كان عبد الله حيا"، فإذا عبد الله كان ميّتا قبل ذلك، كان للأول[2] كل الثلث.

فرق بين هذا وبين قوله: "ثلث مالي لفلان ولعبد الله إن كان عبد الله في البيت" ثمّة يصح الإيجاب.

والفرق أن الحياة شرط صحة الإيجاب، فيراعى وجودها وقت الإيجاب، فإذا لم توجد لا يصح، أما كونه في البيت ليس بشرط لصحة الإيجاب، فيجعل شرطا لثبوت الحكم، فيراعى وجوده وقت ثبوت الحكم.

ولو قال: "ثلث مالي لفلان ولعبد الله إن متّ وهو حيّ"، فمات عبد الله بعد ذلك قبل موت الموصي، كان لفلان نصف الثلث، لأن الوصية وقعت للمعين، فتثبت المزاحمة، فلا يتكامل حق الآخر بعد ذلك.

---

(١) لأنه مما يشترط لصحّة الوصية في الموصى له أن يكون موجودا وقت موت الموصي. انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٣٥.

(٢) "وفي (ج) و (د): "كان لفلان".

ولو قال: "ثلث مالي لفلان ولمن افتقر من ولد عبد الله"، فمات الموصي، وولد عبد الله كلهم أغنياء، كان للأول كل الثلث؛ لأن الوصية وقعت لغير المعيّن، فإذا لم يفتقر أحد من ولد عبد الله لم تثبت المزاحمة، فسلّم الثلث للأول.

ولو افتقر بعضهم ثم مات الموصي، كان الثلث بين الأول وبين من افتقر من ولد عبد الله على عدد رؤسهم لما قلنا.

وإن مات الموصي وولد عبد الله فقراء من الأصل لم يزالوا كذلك، أشار في الكتاب إلى أن كل الثلث يكون للأول، وحكي عن الشيخ الامام أبي القاسم الصّفار[1] رحمه الله: أن الثلث يقسم بينهم على عدد رؤسهم؛ لأن المقصود من هذه الوصية التقرب إلى الله تعالى بسَدّ خلّة المحتاج، وفي هذا الفقرُ الأصليّ والعارضُ سواءٌ.

والصحيح جواب الكتاب، لأن هذا اللفظ لا يتناول مَن كان فقيرا في الأصل، وفي اعتبار هذا الشرط فائدة، لأن الفقر بعد الغنى أشدّ من الفقر الأصلي، فكان هو أولى بالبرّ.

وإن مات أولاد عبد الله، ثم ولد له أولاد، فاستغنوا، ثم افتقروا قبل موت

---

(١) هو أحمد بن عِصمة، أبو القاسم، الصّفار، البلخيّ، الفقيه، المحدث، كان إماما كبيرا، تفقّه على أبي جعفر الهندواني، وسمع منه الحديث، وأخذ عن نصير بن يحيى عن محمد بن سماعة عن أبي يوسف، وتفقّه عليه أبو حامد أحمد بن الحسين المروزي، ذكر الكفوي في الكتائب أن وفاته كانت في سنة ٣٣٦هـ ونقل اللكنوي عن الملا علي القاري أن وفاته كانت سنة ٣٢٦ هـ، ثم قال: وفيه مخالفة لما ذكره الكفوي في تاريخ وفاته. وهذا الذي أثبته القرشي في الجواهر.

ـه في: «الجواهر المضية» برقم ١٤١، «الطبقات السنية» برقم ٢٤٤، «الفوائد البهية» ص٢٦، كتائب أعلام الأخيار برقم ١٥٨.

الموصي، قسم الثلث بينهم وبين فلان على عدد رؤسهم، لأن الوصية وقعت لغير المعين، فيراعى وجوده وقت موت الموصي.

ولو قال: "ثلث مالي لفلان، ولولد عبد الله هؤلاء إن افتقروا" فلم يفتقروا حتى مات الموصي، كان لفلان حصته من الثلث على عدد رؤسهم؛ لأن الإيجاب وقع للمعين، إلا أنه معلق بالشرط، وأنه لا يمنع ثبوت المزاحمة، والله أعلم.

وذكر في "الأمالي" عن أبي يوسف رحمه الله: لو قال: "ثلث مالي لفلان ولمن يولد لفلان مادام فلان حيا" فمات الموصي، ثم ولد لفلان أولاد بعد سنين، كان كل الثلث لفلان، لأن المولود بعد سنين معدوم وقت موت الموصي، فلا يصلح مزاحما لفلان.

وإن ولد لفلان ولد بعد موت الموصي لأقل من ستة أشهر كان الثلث مشتركا بين فلان وبين من ولد لفلان؛ لأن المولود لأقل من ستة أشهر موجود في البطن عند موت الموصي، وهو من أهل الوصية، لأن الوصية للجنين جائزة[1]، فصلح مزاحما.

وذكر أيضا لو قال: "ثلث مالي بين أعمامي وأخوالي، وله عمّ واحد، وخال واحد، فالثلث بينهما، لأنه جعل الثلث مشتركا بين الأعمام والأخوال، وعند أبي يوسف في مثل هذا لا يعتبر الجمع، ولو كان له عمّان وخال، كان الثلث بينهم بالسوية لما قلنا.

ولو قال: "ثلث مالي لأخويّ"، وله أخ واحد، وهو يعلم بذلك أو لا يعلم، فله نصف الثلث، لأنه أوجب الثلث للأخوين إيجابا واحدا، فكان موصيا لكل واحد بنصف الثلث.

ولو قال: "ثلث مالي لأخي هذا"، أو "لأخي الآخر"، فإذا أحدهما ميت، كان

(١) الوصية للحمل صحيحة بلا خلاف، لإن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث الجنين في البطن والمولود سواء. انظر «المبسوط» ٢٨/ ٨٦، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٣٣٦.

للحيّ منهما كل الثلث، لأنه أوصى بكل الثلث لكل واحد من الأخوين، فكان النقصان بحكم المزاحمة، والميت لا يصلح مزاحما فلا ينتقص.

ولو قال: "ثلث مالي بين بني فلان وبني فلان" ولأحدهما ثلاثة بنين، وللآخر ابن واحد، فالثلث بينهم على عدد رؤسهم، لأن الكل أهل للوصية، فصار كأنه قال: "ثلث مالي بين هؤلاء".

وإن كانت لأحدهما بنون، وليس للآخر ابن، فالثلث كله لهم، لأنه لو اقتصر على قوله: "ثلث مالي بين بني فلان" كان إيجابا لكل الثلث لهم[1] بالسوية، فإذا ضمّ إليهم المعدوم، صار كأنه اقتصر على الأول.

هذه زوائد ذكرها في الأمالي.

- والله أعلم -

---

(١) وفي (ج): "بينهم".

باب من الوصايا التي تتغيّر عما أوصى بها

بنى الباب على أن الرجوع عن الوصية صحيح[1]، لأنها تبرّع مضاف إلى ما بعد الموت، والتبرّع النافذ يحتمل الرجوع، فالمضاف أولى.

ثم الرجوع كما يكون بالصريح، يكون بطريق الضرورة، وبطريق الدلالة.

أما الصريح: فظاهر[2]، والضرورة: أن يتغيّر قبل موت الموصي، فيزول اسمه[3]، كما لو أوصى بحنطة، فهبّت بها الريح، وألقتها في طاحونة، فصارت دقيقا ونحو ذلك؛ لأن حكم الوصية تثبت عند الموت بالإيجاب السابق، والإيجاب وقع في مسمّى باسم،

---

(١) الوصية عقد غير لا زم في حق الموصي حتى يملك الرجوع مادام حيا، لأن الموجود قبل موته مجرد إيجاب، وأنه محتمل الرجوع في عقد المعاوضة، ففى التبرع أولى، كما في الهبة والصدقة. ولأنه عقد لايثبت حكمه إلا بعد موت الموصي، فلا يترتّب على الإيجاب أي حق للموصى له قبل ذلك، فيكون بالخيار بين الإمضاء والرجوع. «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٧٨ و٣٩٤.

(٢) هو أن يقول الموصي: "رجعت"، أو "أبطلت الوصية التي أوصيته لفلان" أو فسختها أو نقضتها. «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٩٤.

(٣) أجاد الكاساني في تنقيح هذا النوع، فذكر أن الرجوع الثابت من طريق الضرورة نوعان، أحدهما: أن يتصل بالعين الموصى به زيادة لايمكن تسليم العين بدونها، كما إذا أوصى بسويق ثم خلطه بالسمن، لأن الموصى به اتصل بما ليس بموصى به، بحيث لايمكن تسليمه بدونه، لتعذر التمييز بينهما، فثبت الرجوع ضرورة، والثاني: أن يتغيّر الموصى به، بحيث يزول معناه واسمه، سواأ كان التغيير إلى الزيادة أو إلى النقصان. «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٨٤.

فلايتناول غير ذلك المسمّى[1].

والرجوع بطريق الدلالة: أن يتصرّف في الوصية تصرفا يدل ذلك على الاعداد لحاجته[2].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل أوصى لرجل بما في نخله من الكُفَرَّي[3]، فصار بُسرا قبل موت الموصي، بطلت الوصية؛ لأن الوصية قد تغيّرت بتغير الإسم والمعنى، فتعذّر تنفيذها في مسمّى آخر، وفي غيرما أوصى.

ألا ترى أن مثل هذا التغيّر لو طرأ على الوكالة، بأن وكل رجلا ببيع الكفري،

---

(١) بيّنه العتابي بوضوح أكثر عند تأصيله للباب فقال: أصْل الباب أن الإيجاب متى أضيف إلى عين مسمّى، فإذا صار ذلك عينا آخر بتبدّل اسم الذات، بطل الإيجاب، لأنه لونفذ، لنفذ في غير ما أضيف إليه، وإنه ممتنع. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ١٥٩.

(٢) الرجوع دلالة: هوكل تصرف قولي أو فعلي في الموصى به يفيد رجوعه عن الوصية دلالة، وهذا يشمل نوعين: أولا كل تصرف قولي يخرج العين عن ملك الموصي، كأن يبيع الموصى به أو يهبه، أو يتصدّق به، أو يجعل وقفا. وثانيا: كل فعل في الموصى به يدل على الرجوع عن الوصية، كاستهلاك العين الموصى بها معنا، كذبح الشاة الموصى به، وغزل القطن ونسج الغزل، ونحوه م يغير حقيقة الشيء، ويصبح شيئا آخر غير الموصى به، ويلحق به ما لو تغيّر الشيء بنفسه تغيرا أزال اسمه، كصيرورة العنب زبيبا. راجع «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٧٨، ٣٧٩.

(٣) "الكُفَرَّي": بضمّ الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء، والكافور والكُفُرَّي: كمّ النخل، لأنه يستر ما في جَوفه. وأصله من (الكَفْر)، وهو الستر، قال ابن فارس: الكافور: كمّ العنب قبل أن ينوّر، لأنه كفَرَ الوليعَ ـ الطلع ـ أي غطّاه ويقال له: الكُفَرَّي. راجع: «المصباح المنير» ص ٥٣٥، و«المغرب» ٢/ ٢٢٥.

فصار بُسرا[1]، تبطل الوكالة، فكذلك الوصية؛ لأنها تغيّرت من النقصان إلى الزيادة، والرضى بتمليك الأدنى لا يكون رضى بتمليك الأعلى، كما قلنا في الوكالة.

ولأنه لما صار بسرا قبل التمام، صار كأنه قال عند الموت: أوصيت لك بهذا الكفري، وهو بسر، وبه لا تصح الوصية؛ لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمعنى، فإن الكفري عددي، والبسر وزني، ولهذا يجوز بيع أحدهما متفاضلا، وفي الجنسين إذا اجتمعت الإشارة والتسمية في العقد، يتعلق العقد بالمسمّى، والمسمّى معدوم فلا يصح.

وكذا لو قال: أوصيت لك بهذا البسر، فصار رطبا قبل موت الموصي، بطلت الوصية، لما قلنا في الفصل الأول.

فإن قيل: في الفصل الأول اختلف الجنس، وههنا لم يختلف، ولهذا لايجوز بيع البسر بالرطب متفاضلا، بخلاف الفصل الأول.

قلنا: لا، بل اختلف الجنس لاختلاف الاسم والمعنى، وانما لايجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لمكان شبهة المجانسة في الحال، لفرضية المجانسة بينهما في الثاني، بأن يصير البسر رطبا، وشبهة المجانسة بعد أن تبدل الاسم والمعنى لا تكفي لنفاذ الوصية، ألا ترى أنه لو أوصىٰ بالحنطة، فصارت دقيقا قبل موت الموصي، بطلت الوصية، لتبدّل المجانسة بتبدل الاسم والمعنى، وإن كان بينهما شبهة المجانسة، حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا.

ولأن الوصية تغيّرت من النقصان إلى حالة الكمال، والإنسان قد يوصي بشيء

---

(١) البُسر: من ثمر النخل معروف، وقلا ابن الفارس: البسر من كل شيء الغَضّ، ونبات بسر: أي طريّ. «المصباح المنير» ١/ ٤٨.

لتَفَاهَتِه، ثم يَضِنّ به إذا كمل حاله، فإذا تركه على النخيل حتى تمّ حاله، كان ذلك دلالة لرجوع.

فرق بين الوصية وبين البيع: إذا باع كفري على أنه بالخيار لشهرين، جاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فإن ترك على النخيل حتى صار بسرا أو رطبا لا يبطل البيع.

والفرق أن الوصية تصير سببا عند الموت؛ لأنها تعليق بالموت، والمعلق بالشرط عدمٌ قبله، ولهذا يثبت الملك في الوصية بعد الموت مقصورا عليه، ولا يستحق الموصى له شيئا من الزوائد التي حدثت قبل موت الموصي، فلو أبقينا الوصية بعد التغيّر، لَنَفذنا الوصية في غير ما أضيف إليه الوصية، فلا يجوز.

أما البيع بشرط الخيار سبب في الحال؛ لأن البيع لا يقبل التعليق والإضافة، وأثر الخيار في منع الحكم، ولهذا يثبت الملك بعد سقوط الخيار من وقت العقد، حتى كانت الزوائد كلها للمشتري، فتغيّر المبيع قبل سقوط الخيار لا يبطل البيع.

ولهذا لو اشترى عبدا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، أو عصيرا، فقتل العبد، وتخلّل العصير قبل سقوط الخيار، لا يبطل البيع.

ولو أوصى بعبد أو عصير، فقتل العبد قبل موت الموصي، وتخلل العصير تبطل الوصية، لما قلنا.

ولو أوصى ببسر صغار، فكبرت قبل موت الموصي، لا تبطل الوصية؛ لأن العين لم تتبدل بدليل بقاء الاسم والمعنى، ولم تخرج من التفاهة إلى الكمال، فلا تبطل الوصية.

وكذا لو أوصى بحمل، فصار كبشا قبل موت الموصي، لا تبطل الوصية.

وكذا لو أوصى بوصيفة، فكبرت؛ لأن الحيوان بمضيّ الزمان لا يصير جنسا آخر؛

لأن معناه لايتغيّر، وكذا الاسم لا يزول، يقال: "هذا الكبش حمل هذه النعجة"، فلا تتبدل عنه.

ولو أوصى بالرطب، فصار تمرا قبل موت الموصي، في القياس تبطل الوصية، وفي الاستحسان لا تبطل[1].

وجه القياس أنه زال الاسم والمعنى، فيختلف جنسه[2]، ولهذا لو حلف: لا يأكل رطب، فأكل تمرا، لا يحنث.

وجه الاستحسان: أن الجنس لم يختلف؛ لأنه لم يحدث له اسم لم يكن؛ لأن الرطب له اسمان: الرطب والتمر، وبالجفاف زال أحدهما، وبقي الآخر، فإذا لم يحدث له اسم، لم يكن، كان الاسم باقيا من وجه دون وجه، ولم يبطل معناه أيضا، بل فات بعض المعاني، وبمثل هذا لا يختلف الجنس، ولهذا جاز استيفاء أحدهما بالآخر في السَلَم، فلا تبطل الوصية الشك.

وإنما لا يحنث في اليمين، لا لتبدل الجنس، بل لزوال الداعي، لأن اليمين تتقيد بالداعي. ألا ترى أن الأمير إذا حلّفَ رجلا أن يرفع إليه كل داعر يعرفه في البلد، تتقيّد اليمين بحال قيام السلطنة.

ولو قال: أوصيت لك بهذا العنب، فصار زبيبا قبل موت الموصي، بطلت الوصية.

فرق بينه وبين الرطب إذا صار تمرا، واختلفوا في الفرق بين الفصلين، قال بعضهم: إنما افترقا؛ لأن التفاوت بين العنب والزبيب فاحش، ولهذا ينقطع حق المالك في الغصب،

---

(١) «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٨٥.

(٢) لتغيّر الموصى به، وهو الرطب من الرطوبة إلى اليبوسة، وزوال اسمه. انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٨٥.

أما التفاوت بين الرطب والتمر يسير، ولهذا لا ينقطع حق المالك في الغصب، بل يخير[1].

وقال بعضهم: إنما افترقا لأن العنب لا يصير زبيبا إلا بالمعالجة، والمعالجة[1] والإعداد للحاجة دلالة الرجوع، كما لو ذبح الشاة الموصى بها، أما الرطب يصير تمرا بدون المعالجة، فلم توجد دلالة الرجوع، وعن هذا انقطع حق المالك في غصب العنب، ولم ينقطع في التمر؛ لأنه يعتمد إحداث الصنعة المتقومة.

ولو أوصى ببقل، فصار حبا، أو بقَصيل[2]، فانعقد الحب، وصار شعيرا، أو ببيض، فحضنت عليه الدجاجة، وأخرجت فرخا، بطلت الوصية.

وكذا لو أوصى بحنطة في أرض، فأصابها ماء فنبتت، بطلت الوصية؛ لأن العين قد تبدلت لزوال الاسم والمعنى.

ثم شبّه في الكتاب الوصيةَ بهذه الأشياء بالتوكيل بالبيع، فما يبطل به التوكيل بالبيع، تبطل به الوصية، وما لا فلا، لأن كل واحد منهما عقد غير لازم، لا يفيد الحكم في الحال، وإنما يفيد المقصود في الثاني، فاستويا.

هذا إذا تغيّرت الوصية قبل موت الموصي، فإن تغيّرت بعد موته، لا تبطل

---

(١) فلو غصب غاصب رطب انسان، فصار تمرا في يده، لاينقطع حق المالك، بل يكون له الخيار إن شاء أخذه تمرا، وإن شاء ضمنه رطبا مثل رطبه. «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٨٥.

(١) "والمعالجة" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "القصيل": من القَصل، وهو قطع الشيء، والقصيل: الشعير، يُجزّ أخضر لعلف الدواب، وقال المطرزي: إن الفقهاء يسمّون الزرع قبل إدراكه قَصيلا، وهو مجاز. «المغرب» ٢/ ١٨٣.

الوصية[1]؛ لأن السبب قد تمّ، فالتغيّر بعد ذلك لا يبطل العقد، كالتغيّر في البيع بشرط الخيار، ولهذا لو حدثت الزيادة قبل موت الموصي من ولد أو نحوه،[لا تبطل][2]، ولا يدخل الولد في الوصية.

ولو حدثت الزيادة بعد موت الموصي، تدخل الزيادة في الوصية.

ثم الأمر بعد ذلك على وجهين: إن حصل التغيّر بعد القسمة، فهو للموصى له خاصة، لأن قسمة الكفري على رأس النخيل جائزة، لإمكان تعديل الأنصباء؛ لأنه عددي، وإذا جازت القسمة كان التغيّر حاصلا على ملكه.

فإن كان التـ[illegible]ك على انخيل بإذن الورثة، طاب الفضل، وإن ترك بغير إذن، لا يطيب، ويتصدق بالز[illegible] عرف في البيع.

وإن حصل التغيّر قبل القسمة، لا تبطل أيضا، لما ذكرنا، لكن يعتبر بخروج الكل من الثلث، لما مرّ قبل هذا: أن التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت، حتى تقضى منه ديونه، وتنفذ منه وصاياه، فيعتبر خروج الكل من الثلث.

فإن ضاق[الثلث][3] عن الأصل والزيادة، عند أبي حنيفة رحمه الله تنفذ الوصية أوّلا في الأصل، ثم تكمل من الزوائد.

وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تنفذ الوصية في الأصل والزوائد بقدر الثلث شائعا، كما في الولد المولود قبل القسمة، بعد موت الموصي، وتطيب الزيادة للموصى له على كل حال؛ لأن الأصل مع الزيادة مبقاة على حكم ملك الميت، والموصي رضي بتركه

---

(1) «بدائع الصنائع» ٧. ٣٨٥.

(2) ما بين المعكوفتين ساقط من (ج) و (د).

(3) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د): وفي الأصل: "ضاق الأصل" وهو خطاء.

على النخيل، فكان الترك حاصلا بحق.

ألا ترى أنه لو أوصى بالكفري، فصار الكفري رطبا، بعد موت الموصي، قبل القسمة، ولم يخرج من الثلث، حتى ردّ البعض على الورثة، طاب الفضل لهم، مع أن الأصل لم يكن ملكا لهم، وإنما طاب لهم، لما قلنا. كذلك الموصى له، وكذلك سائر الزوائد.

ولو أوصى ببُسر، فصار بعضه رطبا قبل موت الموصي، وبقي البعض بسرا، كان لكل بعض حكم نفسه، تبطل الوصية فيما صار رطبا، وتبقى فيما بقي، إلا أن يكون ذلك رطبة، أو رطبتان، فذلك لا يبطل الوصية استحسانا، ويكون الكل للموصى له.

وكذا لو قال: أوصيت لك بهذا البسر، وفيها رطبة أو رطبتان، دخل الكل في الوصية استحسانا؛ لأن هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه، فلا يعتبر[1].

كما لو حلف لا يشتري رطبا، فاشترى كِبَاسَة[2] بُسر، فيها رطبة أو رطبتان، لا يحنث. وكذا لو حلف لا يشتري شعيرا، فاشترى حنطة، فيها حبات شعير، لا يحنث، لما قلنا[3].

- والله أعلم.

---

(١) وفي (ج) و (د): "فلا يتغير".

(٢) "الكِبَاسَة": عنقود النخل، والجمع: كبائس. «المصباح المنير» مادة: كبس، ص ٥٢٤.

(٣) تقدّمت هذه المسألة في كتاب الأيمان، باب اليمين التي تقع على بعض ما حلف دون بعض، ص ١٧٦، ووجه عدم الحنث في المسألتين أن المحلوف عليه دخل في البيع تبعا، فلا يحنث، وذكر الكاساني الأصل فيه بأن مَن حلف: لايشتري شيئا، فاشترى غيره، ودخل المحلوف عليه في البيع تبعا، لم يحنث، وإن دخل مقصودا، يحنث. انظر «بدائع الصنائع» ٣/ ٨١.

باب من الوصايا التي تقع للموصى له بعد غيره من الوصايا وما يصدق فيه وما لا يصدق

ذكر في الباب فصولا خمسة: الوصية بدَين مجهول، وإعتاق عبد لا يعلم قيمته، والإقرار بدين مجهول، والبيان إذا اتصل بهذا المجهول، وإذا كان على الميت دين مجهول القدر.

والأصل فيه: أن من أنكر حقا لم يعرف ثبوته، كان القول قوله؛ لأنه تمسّك بالأصل[1].

ومن ادّعى بطلان حق عرف ثبوته، لا يقبل قوله إلا بحجة؛ لأنه يدعي أمرا عارضا[2].

---

(١) ذكر العتابي هذا الضابط بقوله: أصل الباب أن حق الموصى له متى لم يعرف ثبوته بأن لم يعلم محل حقه، فالقول قول الورثة، لإنكارهم ثبوت الحق له، ومتى عرف ثبوته بأن علم محل حقه، فالقول قول الموصى له. «شرح الزيادات» للعتّابي، لوحة: ١٥٦.

(٢) ذكر قاضي خان هاتين القاعدتين في مواضع من الكتاب، فقال في كتاب الإقرار: من أنكر حقا على نفسه، كان القول قوله، لأنه متمسك بالأصل: وهو فراغ الذمة. ومن أقر بسبب الضمان، وادعى ما يُسقطه، لا يصدق إلا بحجة، لأن صاحبه متمسك بالأصل في إبقاء ما كان". ص ١٨٦٢. والأصل في الإقرار: هو اللزوم والبقاء.

وقال الحَصيري: من أقرّ بسبب موجِب للضمان، ثم ادّعى البراءة عنه، لا يصدّق إلا بالبينة، أو بتصديق المدّعى عليه، ومتى أنكر سبب وجوب الضمان، كان القول قوله مع اليمين، لأنه في

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل أوصى لآخر بما عليه من الدين، وأوصى لآخر بما بقي من ثلث ماله، ثم مات، وترك ألفي درهم عينا، فقالت الورثة: كان الدين على الغريم ألف درهم، ولم يبق من الثلث شيء، وقال الموصى له ببقية الثلث: كان الدين على الغريم خمسمائة، وبقي من الثلث ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، فلي بقية الثلث، فالقول في ذلك قول الورثة، لأن محل الوصية الثانية ما يبقى من الثلث، فإذا أنكروا وجود ذلك، والوصية لا يثبت إلا في محلها، فقد أنكروا ثبوت الوصية.

ولو أنكروا الوصية الثانية أصلا، كان القول قولهم؛ لأنهم أنكروا حقا لم يعرف ثبوته، فكذلك ههنا، يكون القول لهم، مع أيمانهم على علمهم؛ لأنهم ينكرون دَينا على غيرهم.

ولا يقبل قول الغريم في ذلك وإن كان ينكر زيادة الدين على نفسه، لأن إنكاره شهادة على الورثة بثبوت الحق الثاني في المال العين، وإنما يقبل قول الغريم في رفع الاستحقاق عن نفسه، لا في إثبات حق على الغير[1].

الوجه الأول مدعي، ومجرّد الدعوى لا يصلح سببا للاستحقاق... ثم استشهد على ما قرّره من القواعد بقوله عليه الصلاة والسلام: «لو يُعطى الناس بدعواهم، لادّعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر» أخرجه الإمام مسلم بسنده عن ابن عباس رضي الله عنه، في الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، الحديث: ٤٤٤٥.

وانظر: «التحرير في شرح الجامع الكبير» ٢/ ورق٧٠٢، «نكت الجامع الكبير» للكرماني، ورق ١٢٥، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٣٣.

(١) لما تقرر عند الفقهاء أن إقرار الإنسان حجة على نفسه، وليس بحجة على غيره، وأن إقرار الإنسان يقتصر عليه، ولايتعدّى إلى غيره. راجع ص ١٥٩٨ من هذا الكتاب.

ألا ترى أنه لو قال الغريم: لم يكن عليّ دين أصلا، وصدّقه الموصى له ببقية الثلث، لا يقبل قوله على الورثة لما قلنا.

ولهذا لو كان الموصى له ببقية الثلث هو المديون، بأن قال لغريمه: أوصيت لك بما عايك من الدين، وأوصيت لك أيضا بما بقي من ثلث مالي، ثم مات، وترك ألفي درهم عين، فقالت الورثة: كان الدين عليك ألفي درهم، فيرجع عليك بالزيادة على الثلث، وقال الغريم: كان الدين عليّ خمسمائة، ولي أن أرجع عليك بما بقي من الثلث، لا يرجع أحدهم بشيء على الآخر، ويكون [القول][1] في مقدار الدين إلى الألف قول الورثة، حتى لا يأخذ الموصى له شيئا من المال العين، ويكون القول في إنكار الزيادة على الألف قول الغريم، حتى لا يرجع الوارث عليه بشيء، ويقبل قوله في دفع الاستحقاق عن نفسه، لا في إثبات الاستحقاق، فكذلك ههنا.

ولو بدأ فقال: أوصيت لفلان بما بقي من ثلث مالي بعد الدين على فلان، ثم أوصى للغريم بما عليه من الدين فكذلك، التقديم والتأخير فيه سواء؛ لأن الوصية إيجاب عند الموت، فيعتبر اجتماع الوصيتين عند الموت.

ولو أوصى للغريم بما عليه من الدين، وأوصى لآخر بألف درهم مرسل من ماله، ثم مات، وترك ألفي درهم عين، ثم اختلفوا في قدر الدين، فقال الموصى له بالألف: كان الدين على الغريم خمسمائة، فهو يضرب في الثلث بخمسمائة، وأنا أضرب بألف درهم، وثلث ماله ثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، فلي ثلثا الثلث، والثلث للغريم، فوجب أن يحسب له من دينه مقدار ثلث الثلث، وذلك مائتان وسبعة وسبعون وسبعة أتساع درهم، ويؤدي الباقي، إلا أنه مفلس، فما بقي عليه يعتبر تاويا، ويجعل بيني وبين الورثة على قدر

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ج) و (د).

حقوقنا، ويقسم المال العين بيني وبين الورثة على قدر حقوقنا، وحق الورثة في ستة؛ لأنا جعلنا الثلث على ثلاثة، فيكون الثلثان ستة، فحق الورثة في ستة، وحقي في سهمين، فكان لي ربع المال العين، وذلك خمسمائة.

وتقول الورثة: بل كان الدين على الغريم ألف درهم، فلك نصف الثلث سهم من ستة، ولنا الثلثان أربعة، فيكون المال العين بيننا أخماسا، فلك من المال العين أربعمائة.

وقال الغريم كان الدين عليّ ألف درهم، كما قال الوارث، فإن القول يكون قول الموصى له بالألف؛ لأن الوصية معلومة، ولا يتعلق ثبوتها بالدين، فصار ثلث العين مستحقا له من حيث الظاهر، فالورثة بدعواهم زيادةً في الدين يريدون إبطال حقه، وهو ينكر، فكان القول قوله مع يمينه على العلم.

فإذا خرج ما على الغريم يوما من الدهر، يريد به أنه أيسر قبل قسمة المال العين، فإنه يعامل في حق الورثة كأن الدين ألف درهم، إن كان الغريم صدقهم، ولو كان الدين باتفاقهم ألف درهم، كان للورثة ألف درهم تامة، ويعامل مع الموصى له بألف، كأن الدين خمسمائة.

ولو كان الدين خمسمائة باتفاقهم، كان ثلث مال الميت ثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلثا، وذلك يكون بين الغريم وبين الموصى له بالألف أثلاثا، الثلث وهو خمس مائة وخمسة وخمسون وخمسه أتساع درهم يكون للموصى له بالألف[1]، فيأخذ هذا القدر من المال العين؛ لأنه أيسر، وترجع الورثة على الغريم بتمام حقهم في زعمهم وزعم الغريم، وحق الورثة في زعمهم ألفا درهم، فترجع الورثة على الغريم بمثل ما أخذ الموصى

(١) قوله: "أثلاثا، الثلث وهو خمس مائة وخمسة وخمسون وخمسه أتساع درهم يكون للموصى له بالألف" ساقط من (ج) و (د).

له بالألف من المال العين، وذلك خمسمائة وخمسة وخمسون وخمسة أتساع درهم، ليتمّ لهم ألف درهم، ويبقى للموصى له بالدين أربعمائة وأربعة وأربعون وأربعة[1] أتساع درهم.

فإن قيل: ينبغي أن ترجع الورثة على الغريم بخمسمائة درهم، لا بالزيادة، لأن في زعم الورثة أن الدين كان ألف درهم، وأن حق الغريم في نصف الثلث، وذلك خمسمائة درهم، وحق الموصى له بالألف كذلك، إلا أن الموصى له بالألف أخذ الزيادة على الخمسمائة من المال العين ظلما، ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره.

قلنا: نعم في زعم الورثة أن الموصى بالألف أخذ زيادة على حقه، لكن من محل الوصية، وهو ثلث المال؛ لأنه أخذها بطريق الوصية، فكان هلاك ذلك على الغريم خاصة.

[وكذا لو قسّموا العين، ثم خرج الدين، فإنه يدفع إلى الموصى له إلى تمام حقه بزعمه، وذلك خمسمائة وخمسة وخمسون وخمسة أتساع، وإلى الورثة إلى تمام ألفي درهم، وذلك أربعمائة وأربعة وأربعون وأربعة أتساع][2].

ولو أوصى لغريمه بما عليه من الدين، وهو مفلس، وأوصى لآخر بثلث ماله، وكان الوصية بالألف، ثم اختلفوا في قدر الدين، والمسئلة بحالها، كان القول في ذلك قول الموصى له بالثلث. وهذا وما تقدم سواء، هكذا ذكر في عامة الروايات.

وذكر في بعض الروايات: أن القول في ذلك قول الورثة.

وجه ما ذكر في بعض الروايات: أن الموصى له بالثلث يدعي لنفسه زيادةً ينكرها

---

(١) "وأربعة" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "لم ترد" هذه الفقرة كلها في الأصل، وأثبت من (ج) و (د).

الورثة، فكان القول قول الورثة.

وجه عامة الروايات: أن الوصية بالثلث وصية بمال معلوم لا يتعلق ثبوتها بقدر الدين، فيتعلق حقه بثلث ما ترك، لو انتقص حقه إنما ينتقص بحكم المزاحمة. والورثة بدعواهم زيادة في الدين يريدون إبطال حقه؛ لأن صاحب الثلث يقول: الدين على الغريم خمسمائة، ومال الميت ألفان وخمسمائة، وثلث ماله ثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، فوصيتي بثمانمائة وثلاثة وثلاثين وثلث، و وصية الغريم بخمسمائة، فهو يضرب بخمسمائة، وأنا أضرب بثلث مال الميت، فيجعل كل مائة وستة وستين وثلثي درهم سهما، فيكون حقي في خمسة أسهم، وحق الغريم في ثلاثة أسهم فيقسم الثلث سهما على ثمانية أسهم فلى خمسة أثمان الثلث وللغريم ثلاثة أثمان الثلث[1].

وإذا صار ثلث مال الميت على ثمانية، كان ثلثا المال ستة عشر، وكل المال أربعة وعشرون، فيحسب الغريم من دينه ثلاثة أثمان الثلث، وذلك ثلثمائة واثني عشر ونصف، ويؤدي الباقي، إلا أنه مفلس، فيجعل ما عليه بمنزلة الهالك، ويقسم المال العين بيني وبين الورثة على حقوقنا، وحقي في خمسة أسهم، وحق الورثة في ثلثي المال، وذلك ستة عشر، فكانت الحقوق أحدا وعشرين، ولي خمسة من أحد وعشرين من المال العين.

وفي زعم الورثة أن الدين على الغريم ألف، وجميع ماله ثلاثة آلاف، فوصية الغريم بألف درهم، و وصية الآخر كذلك، فيقسم الثلث بينهما نصفين.

وإذا صار الثلث على سهمين كان الثلثان على أربعة، والكل على ستة، حق الورثة في أربعة، وحق الغريم في سهم، وحق الموصى له في سهم، فإذا توَى ما على الغريم، يقسم المال العين بيننا على قدر حقوقنا، وحقنا في أربعة، وحق الموصى له بالثلث في

(١) من قوله: "اسهم فيقسم الثلث إلى قوله "ثلاثة" ساقط من (ج) و (د).

سهم، فيقسم المال العين بيننا على خمسة، فيكون في زعم الورثة للموصى له خمس المال العين، وفي زعم الموصى له خمسة من أحد وعشرين، وأنه أكثر من الخمس، فلا يقبل قول الورثة في زيادة سقوط من حق الموصى له. فلو أيسر الغريم، وخرج ما عليه من الدين قبل قسمة المال العين، يعامل الورثة مع الغريم كأن الدين ألف.

ولو كان الدين ألفا باتفاقهم، كان للورثة ألفا درهم تامة، ويعامل الورثة مع الموصى له بالثلث كأن الدين خمسمائة، ولو كان الدين باتفاقهم خمسمائة، كان للموصى له بالثلث خمسة أثمان، ثمانمائة وثلاثة وثلاثين وثلث، لما قلنا. فيأخذ الموصى له بالثلث ذلك من المال العين؛ لأنه أيسر، وحقه مقدم على حق الورثة، وترجع الورثة على الغريم بتمام حقهم في زعمهم، فيرجعون عليه بمثل ما أخذ الموصى له بالثلث من المال العين، ليصل إليهم تمام الألفين.

ولو كان الموصى له بالثلث هو الغريم، وقد أوصى له بدينه أيضا، ثم مات، وترك ألفي درهم عين، فادعى الغريم أن الدين عليه مائة، وأن مال الميت ألفان ومائة، وثلث ماله سبعمائة، فلي ثلث ماله، مائة دين، وستمائة من العين، وقالت الورثة: لا، بل الدين عليك ألف درهم، ولا شيء لك من المال العين، كان القول في ذلك قول الموصى له؛ لأن الوصية بالعين ثبت بعضها في المال العين، فلا يقبل قول الورثة في إبطال ذلك إلا بحجة.

الفصل الثاني:

رجل أعتق في مرضه عبدا، وأوصى لآخر بما بقي من الثلث، فمات، وترك ألفي درهم عين، ومات العبد قبل أن تعلم قيمته، فقال الموصى له ببقية الثلث، كانت قيمة العبد خمسمائة، ولي ما بقي إلى تمام الثلث، وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، وقالت الورثة: كانت قيمة العبد ألف درهم، ولم يبق من الثلث شيء، فالقول قول الورثة؛ لأنهم اختصموا في محل وصيته، وهو ما يبقى من الثلث، فكان القول في الإنكار قول الورثة مع

أيمانهم على علمهم.

فإن أقام الموصى له [1] البينة أن القيمة كانت خمسمائة، قضى بها؛ لأنه أثبت حقه بالبينة، فإن أقامت الورثة البينةَ مع ذلك أن قيمته كانت ألف درهم، كانت بينة الورثة أولى؛ لأنها تثبت زيادة في القيمة.

فإن قيل: بينة الورثة إن أثبتت زيادة في القيمة، فبينة الموصى له تثبت له زيادة الاستحقاق من الباقي، فلماذا رجحت بينة الورثة؟

قلنا: نعم، الموصى له أثبت لنفسه زيادة الحق، فالورثة أيضا أثبتوا لأنفسهم زيادة الاستحقاق، فاستويا من هذا الوجه، إلا أن الورثة يثبتون زيادة الاستحقاق بإثبات الزيادة في القيمة [2]، والموصى له يثبت لنفسه زيادة الحق، لا بإثبات الزيادة من حيث اللفظ بل بالنفي، فلم تكن مثبتة لفظا، فتترجح بينة الورثة؛ لأنها مثبتة لفظا ومعنى؛ وقد عرف نظيرها في المضاربة وغيرها، ولأن الورثة أثبتوا البراءة عما أثبتها بينة الموصى له، فيقضى ببينتهم.

ولو مات ولم يوص بما بقي من الثلث، لكنه أوصى بثلث ماله لآخر، والمسئلة بحالها، كان القول قول الموصى له مع يمينه، ويعطى له من المال العين ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث؛ لأن وصيته ظاهرة لقيام محلها، وهو ثلث المال، فلا يقبل قول من يدعي بطلانَها إلا بحجة.

ولا يقال: بأن الوصية بالمال مرتبة على الإعتاق حكما؛ لأن الوصايا إذا اجتمعت

---

(١) وفي (ج) و (د): "الموصى به". وهو خطاء.

(٢) وفي (ج) و (د): "القسمة"، وما ثبت أصح.

وفيها عتق، يبدأ بالعتق[1]، ولو كانت مرتبة في الإيجاب، بأن أوصى له بما يبقى من الثلث، كان القول فيه قول الورثة، فينبغي أن يكون القول ههنا قول الورثة.

لأنا نقول: ثمة الإيجاب حصل مرتبا، فلا يقضى بثبوت الوصية بما بقي ما لم يظهر محلها، أما هنا محل الوصية قائم، وهو الثلث، فكانت الوصية ظاهرة، والتأخير في الحكم لا يوجب الترتيب في الإيجاب؛ لأن هذا حكم يشتبه على الفقهاء، فكيف لا يشتبه على العامّي.

ألا ترى أن في هذا الوجه لو أجازت الورثة وصيته، يعطى له ثلث المال، وإن كان العين مستغرقا للثلث، وفي الوصية بما بقي من الثلث، وإن أجازت الورثة لا يستحق صاحب الوصية[2] شيئا ما لم يفضل من الثلث شيء.

ولو كان المولى لم يوص لأحد، ولكنه أعتق عبداً آخر له في مرضه، قيمته ألف درهم، ثم مات، وترك ألفي درهم عين، ومات أحد العبدين، ولايدرى قيمته، فقالت الورثة للعبد الحي: كانت قيمة الميت ألف درهم، وكان الثلث بينكما نصفين، وتوى على الميت خمسمائة، فيقسم الباقي بيننا على قدر حقوقنا، وقد كان حقك في نصف الثلث سهم من ستة، وحقنا في الثلثين، وذلك أربعة أسهم، فأنت تضرب بسهم، ونحن نضرب بأربعة، فيكون لك خمس الألفين، وذلك أربعمائة، ويسعى في ستمائة.

وقال العبد الحيّ: كانت قيمة العبد الميت خمسمائة، وقيمتي ألف درهم، وثلث ماله وهو ثمانمائة وثلاثة وثلاثون، وثلث بيني وبين العبد الميت أثلاثا، وقد توى على الميت

---

(١) انظر: «مختصر الطحاوي» ص ١٦٠، و«مختصر اختلاف العلماء» لأبي بكر الجصاص، ٥/ ١٦، و«المبسوط» ٦/٢٨.

(٢) وفي (ج) و(د): "صاحب الثلث".

بعض المال، فأنا أضرب بسهمين من تسعة، وأنتم تضربون بستة، فيكون لي ربع المال العين، وذلك خمسمائة، فإن القول فيه يكون قول العبد الحي؛ لأن الإعتاق في المرض وصية له بقيمته؛ وقيمته ظاهرة؛ فلا يصدق من يدعي بطلان حقه؛ إلا بحجة، فإن أقاموا البينة، يقضى ببينة الورثة؛ لأنها أكثر إثباتا، على ما قلنا.

وكذا لو لم يكن المولى أعتق العبد الحي، ولكنه أوصى بأن يعتق عنه هذا العبد، ثم اختلفوا في قيمة العبد الذي مات، فهذا والأول سواء، لما قلنا أن وصيته ظاهرة، فلا تصدق الورثة في إبطالها.

ثم قال محمد في الكتاب: ويسعى العبد الحي إلى تمام الثلثين.

أراد بذلك بعد قسمة ما توى على العبد الميت، فإن العبد الحي يقول: كان حق العبد الميت في ثلث [ثلث][1] مال الميت، وذلك ثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، وهو مائتان وسبعة وسبعون وسبعة أتساع درهم، فإذا مات صار مستوفيا وصيته هذا القدر، ونوى ما زاد على هذا إلى تمام الخمسمائة، وذلك مائتان واثنان وعشرون وتسعان، فانقسم ما توى عليه بيني وبين الورثة على قدر حقوقنا أرباعا، للورثة من ذلك التساوي ثلاثة أسهم، وذلك مائة وستة وستون وثلثان، إذا ضمّ هذا إلى الخمسمائة التي يسعى فيها العبد الحي، يصير ستمائة وستة وستين وثلثين، فيسلم لهم من حيث المعنى من الألف العين ثلثا مال الميت، وذلك ألف وستمائة وستة وستون وثلثان، فهو معنى ما قال محمد: أن العبد الحي يسعى إلى تمام الثلثين.

الفصل الثالث:

رجل عليه دين، فأوصى لرجل بثلث ماله، أو بأن يعتق عبد بعينه، فقالت الورثة

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ج) و (د).

بعد موته: الدين على الميت ألف درهم، وصدّقهم صاحب الدين، وقال الموصى له: لا بل هو مائة، فالقول في ذلك قول الموصى له، وله ثلث ما يبقى بعد الدين على قوله، ويصدق الورثة على أنفسهم، لما قلنا.

الفصل الرابع:

رجل أوصى لرجل بما بقي من ثلث ماله، وقال: لفلان عليّ دين، فصدّقوه، أولا يقول: إذا قال المريض: لفلان عليّ دين فصدقوه.

فيه قياس واستحسان، في القياس لا تصح الوصية، ولا يصدق مدعي الدين إلا ببينة، و في الاستحسان تصح هذه[1] الوصية، ويصدق مدعي الدين إلى ثلث ماله من غير بينة[2].

وجه القياس: أن هذه وصية بما يخالف حكم الشرع؛ لأن حكم الشرع أن لا يصدق المدعي إلا بحجة[3]، فلا تصح هذه الوصية، كما لو قال: إذا أقام رجل شهودا فُسّاقا على الدين، فاقبلوا وأعطوه؛ فإنها لا تصح قياسا واستحسانا.

وجه الاستحسان: أن الموصى له سلّطه على ماله، وهو محتاج إلى هذا التسليط؛ فإن الإنسان قد يكون بيْنه وبين صاحب الدين قضاء وإيفاء، ولا يعرف قدر الباقي، فيحتاج إلى تفويض الأمر إليه، احترازا عن الكذب، وأنه يملك التبرع للمعلوم بثلث ماله، فيملك

(١) "هذه" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «مختصر اختلاف العلماء» لأبي بكر الجصاص، ٥/ ٣٦، ٣٧.

(٣) قال اللكنوي معلّقا على قوله: "فصدّقوه": مخالف لحكم الشرع؛ لأن المدعي لا يصدق من غير حجة، فيطل، لكن قصده من هذا تقديمه على الورثة، فكان وصية، فلا يزاد على الثلث. انظر «النافع الكبير شرح الجامع الصغير» للعلامة عبد الحي اللكنوي، ص ٥٢٢.

التسليط بقدر الثلث.

إذا ثبت هذا نقول: إذا أوصى لآخر بما بقي من الثلث، إن ادعى الطالب مقدار الثلث، كان جميع ذلك له، ولا يكون للثاني شيء؛ لأنه أوصى له ببقية الثلث، ولم يبق، وإن ادعى صاحب الدين أقلّ من الثلث، كان له ذلك، وبقية الثلث للثاني، وإن ادعى أكثر من الثلث، يصدق إلى الثلث لما قلنا.

وإن قال: "لفلان عليّ دين، فصدّقوه"، وأوصى لآخر بثلث ماله، كان الثلث للموصى له بالثلث؛ لأن حقه ظاهر معلوم، وحق الآخر موهوم، يتوقف ثبوته على الدعوى، وعسى لا يدعي شيئا، والحق المعلوم أقوى من الموهوم، فيبدأ بالأقوى.

ثم يقال للموصى له: إن الميت قد أقرّ له بالدين، وأمر بالتصديق، ولابد أن يقرّ له بشيء، فإن أقرّ له بشيء، وصدّقه الورثة في ذلك، كان ثلث ذلك على الموصى له بالثلث، والثلثان على الورثة؛ لأن الورثة لما أقرّوا، صار الدين شائعا في التركة، وأنه مقدم على الميراث والوصية، فيؤخذ الدين منهم بحساب ما كان في أيديهم من التركة.

وإن كذّبه الورثة فيما أقرّ، وأقرّوا له بأقلّ من ذلك، فما زاد على ما أقرّ به الورثة، يكون على الموصى له؛ لأن إقراره حجة عليه، دون غيره، فلا يسلم له شيء من الوصية ما بقي شيء من دين المدعي. والمسألة في «الوصايا»[1]، و«الجامع الصغير»[2].

الفصل الخامس:

رجل قال: لي على فلان خمسمائة درهم، ليس عليه غيرها، فأوصيت له بمالي عليه، وأوصيت لفلان بما بقي من الثلث، ثم مات، وترك ألفي درهم عين، فقال الموصى

---

(١) أي "الوصايا" من «كتاب الأصل» للشيباني، وهذا الجزء من الكتاب مازال مخطوطا لم يطبع.

(٢) وانظر «الجامع الصغير» ص ٥٢٢.

له ببقية الثلث: الدين على الغريم خمسمائة، وقال الورثة: الدين ألف درهم، ولا شيء لصاحب البقية، وصدّقهم الغريم في ذلك، لا يقبل قول الورثة؛ لأن الورثة خلفاء عن الميت، وقد كذبهم الميت في دعوى الزيادة، وصح تكذيبه.

ألا ترى أنه لو قال: "ليس لي على فلان شيء"، يصح منه ذلك، حتى لا تسمع دعوى الورثة، كذلك ههنا و إذا صح تكذيبه، وجب البناء عليه، [حتى][1]كان للموصى له بقية الثلث، ما زاد على الخمسمائة إلى تمام الثلث، وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، يأخذها من المال العين.

ثم ترجع الورثة على الغريم بما أخذ من الموصى له من المال العين؛ لأن الورثة مع الغريم تصادقوا على أن حق الورثة في ألفى[2] درهم، وما أخذ الموصى له الثاني من المال العين أخذها بجهة الوصية، فيجعل هلاك ذلك على الغريم خاصة، فيؤدي ذلك إلى الورثة، ويسلم للغريم ما بقي من الدين بإقرارهم، وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان.

ولو كان مكان الدين عبد، أعتقه في مرضه، وأقرّ أن قيمته خمسمائة، وأوصى لآخر بما بقي من الثلث، ثم مات، فقالت الورثة: كانت قيمة العبد ألف درهم، وقال الموصى له ببقية الثلث: كانت قيمته خمسمائة، كما قال المريض، فالقول في ذلك قول الورثة، ولا شيء للموصى له.

فرق بين هذا وبين ما تقدم، والفرق: أن في المسألة الأولى وجب بناء الحكم على قول الموصى [له][3]؛ لأنه إن كان صادقا فيما قال، يجب قبوله، وإن كان كاذبا، صار

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "الف درهم"، وما ثبت أصح.

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ج) و (د).

ميراثا له على ما زاد على الخمسمائة، فيجب البناء على كلامه، أما ههنا، لو كان كاذبا لا يجب قبوله، ولا تتغيّر قيمة عبده بقوله؛ لأنه لا يختص بمعرفة القيمة، بل عسى يشتبه ذلك، ويرجع فيه إلى غيره، فكان وجود هذا الكلام وعدمه سواء.

هذا إذا أوصى ببقية الثلث، فإن أوصى بثلث ماله، والمسألة بحالها، ففي الفصلين قول الموصى له بالثلث؛ لأن الوصية ظاهرة، فلا يقبل قول من يدعي بطلانها إلا بحجة.

باب الوصايا بمثل نصيب ابنه إلا مثل نصيب ابن آخر أو إلا نصيب ابن آخر لو كان

ذكر في الباب فصولا أربعة: الاستثناء المنفرد، والاستثناء المتكرر، والوصية المفردة، والوصية المتعددة.

والاستثناء أنواع ثلاثة: صحيح، وباطل، ومبطل.

وأدار الباب على أصلين:

أحدهما: ما عرف أن الوصية بمثل نصيب الابن جائزة، وبنصيب الابن باطلة[1].

---

(١) علل له قاضي خان بأن الوصية بنصيب الورثة، وصيةٌ بحق الغير فلا تصح، أما الوصية بمثل نصيب الورثة وصية بحق نفسه، لأن مثل الشيء غيره، إلا أنه جعل نصيب الورثة معيارا للوصية، فصحّت وصيته. راجع ص ٨٠٨.

وسبق تعليقا أن هذا نوع من الوصية بالمجهول، واتفق الفقهاء على أنه تصحّ الوصية بالمجهول، لأن هذه جهالة تمكن إزالتها من جهة الموصِي مادام حيا، ومن جهة ورثته بعد موته، كما اتفق الفقهاء على أن الوصية تصح بمثل نصيب وارث غير معين، أو بمثل نصيب وارث معين، كالوصية بمثل نصيب ابنه أو بنته، أو بمثل نصيب وارث معدوم، كالوصية لفلان بمثل نصيب ابن لو كان.

والإمام محمد رحمه الله ذكر فيما سبق أحكام الوصية بمثل نصيب وارث غير معين، في باب

والثاني: أن الاستثناء إذا ورد على غير ما تلفّظ به يصح، وإن ورد على عين ما تلفّظ به لا يصح[1]؛ لأن الاستثناء إخراج البعض بطريق البيان، أو تكلّم بالباقي بعد الثُّنْيا[2]، ولا يصحّ إلا في البعض، فإذا ورد الاستثناء على غير ما تلفّظ به، يحتمل أن يكون المستثنى بعض الجملة، فكان له وجه الصحة، فيصح. وإن كان يبطل به الإيجاب في الآخرة إذا صار كلا حكما، لأن الاستثناء تصرف في اللفظ، لا في الحكم.

فأما إذا ورد الاستثناء على عين ما تلفّظ به، كان استثناء الكل، وأنه باطل بالإجماع[3]، ليس له وجه الصحة؛ لأنه تعطيل وإلغاء، والكلام لا يحتمل الإلغاء[4].

مستقل، ص ٨٠٧، وذكر في هذا الباب أحكام الوصية بمثل نصيب وارث معين، ومثل نصيب وارث معدوم، ومسائل هذا الباب حسابية ترجع إلى بيان استخراج القدر المستحق من الوصية. راجع للمسائل: «مختصر الطحاوي» ص١٥٧، «مختصر اختلاف العلماء» ٥/ ٢٣، «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٥٦، و٣٥٨، «المبسوط» ٢٨/ ٥٠، «اللباب شرح الكتاب» ٤/ ١٧٥، «فتح القدير» ٨/ ٤٤٣،

(١) نص عليه السرخسي في أصوله بأن الاستثناء إنما يصح إذا كان المستثنى بعض ما تناوله الكلام، ولا يصح إذا كان جميع ما تناوله الكلام. «أصول السرخسي» ٢/ ٣٨.

(٢) بضمّ الثاء وسكون النون وألف مقصورة في آخره، بوزن "الدنيا": اسم من الاستثناء. «المصباح المنير» ص ٨٥، «المغرب» ١/ ١٢٤.

(٣) مما يشترط لصحة الاستثناء أن يكون المستثنى بعض المستثني منه، فالاستثناء المستغرق أي استثناء الكل باطل، لأن الاستثناء هو عبارة عن التكلم بالباقي بعد الثنيا، فباستثناء الكل لا يبقي باق، فهو باطل، سواء أكان الاستثناء موصولا أم مفصولا، وسواء كان الاستثناء عَين ما تلفّظ به

ولهذا لو قال: "أوصيت لفلان بمالي إلا مالي" تصح الوصية، ويتوقّف على الإجازة، ويبطل الاستثناء[1].

ولو قال: "أوصيت لفلان بمالي إلا ألف درهم"، صحّت الوصية والاستثناء، لاحتمال أن يكون الألف بعض ماله، بأن يستفيد مالا آخر قبل الموت، فإن لم يستفد مالا آخر، بطلت الوصية ضرورة أنه لم يبق وراء المستثنى شيء، وصار كلا حكما.

ولو قال: "نسائي طوالق إلا نسائي"، لا يصح الاستثناء، ولو قال: "نسائي طوالق

أو بما يساويه، مثال لعين ما تلفظ به قوله: "نسائي طوالق إلا نسائي"، ومثال ما يساويه قوله: "نسائي طوالق إلا زوجاتي"، أما إذا لم يكن هذا الاستثناء بعين ما تلفظ به أو ما يساويه، بل كان الاستثناء بغيره فالاستثناء صحيح، لأن إيهام البقاء كاف في صحة الاستثناء، ولا يشترط حقيقة البقاء، وذلك بحسب صورة اللفظ، لأن الاستثناء تصرف لفظي فلا يضر إيهام المعنى. «درر الحكام» ١٢/ ١٠٣. وانظر «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٩٤.

(٤) قاعدة: "الكلام لا يحتمل الإلغاء"، عبّر عنها قاضي خان في موضع آخر بصيغة: "الكلام وُضع للإفادة"، وهذا لأن «إعمال الكلام أولى من إهماله» مادة: ٦٢ مجلة الأحكام العدلية. لأن العقل والدين يمنعان المرء من أن يتكلم بما لا فائدة فيه، فحمل كلام العاقل على الصحة واجب. انظر «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١/ ٥٣.

(١) ومثله لو قال: "أوصيت لفلان بثلث مالي إلا ثلث مالي"، كان الاستثناء باطلا، وإنما بطل الاستثناء هنا لأنه لا يتوهم وراء المستثنى شيئ يكون الكلام عبارة عنه. ومن هنا عرف أن الاستثناء تصرف في الكلام، دون الحكم. انظر «أصول السرخسي» ٢/ ٣٩.

إلا فلانة وفلانة وفلانة"، وليس له نسوة غيرهن، صح الاستثناء[1]، ولا يقع الطلاق؛ لأنه استثنى غير ما تلفّظ به، وله وجه الصحة في الجملة، بأن يكون له امرأة أخرى.

وكذا لو قال: "عبيدي أحرار إلا عبيدي"، لا يصح الاستثناء؛ لأنه استثنى عين ما تكلّم به، ولو قال: "عبيدي أحرار إلا فلان" وليس له غيرهم، صح الاستثناء[2] حتى لا يعتق أحدهم لما قلنا[3].

إذا عرفنا هذا جئنا إلى المسائل بدأ محمد رحمه الله الباب بالوصية المفردة فقال:

رجل مات، وترك ابنا، ولا وارث له غيره، وأوصى لرجل بمثل نصيب ابنه إلا مثل نصيب ابن آخر، فللموصى له ثلث المال، أجاز الابن أو لم يجز، أما عدم اعتبار الإجازة؛ لأن هذه وصية بالثلث، فلا تتغيّر بالإجازة.

ولتخريج هذه المسئلة طرق:

منها طريقة الحشو التي اختارها محمد رحمه الله، وهي: أن تأخذ نصيب الابن، وذلك واحد؛ لأنه واحد، ثم زِد عليه سهما لأجل الوصية؛ لأنه أوصى بمثل نصيب

---

(١) في المثال الأول كان الاستثناء عَين ما تلفّظ به، فبطل الاستثناء، وفي المثال الثاني كان الاستثناء بغيره فالاستثناء صحيح.

(٢) سقطت العبارة من (ج) من قوله: "ولو قال عبيدي" إلى قوله: "صح الاستثناء".

(٣) وكذلك لو قال: "عبيدي أحرار إلا هؤلاء"، وليس له سواهم صح الاستثناء؛ لأنه يتوهم بقاء شيء وراء المستثنى يجعل الكلام عبارة عنه هنا، ولا توهم لمثله في الأول، وكذلك الطلاق على هذا. انظر «أصول السرخسي» ٢/ ٣٩، و «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١٠/ ١٠٤.

الابن، ومثل الشيء غيره، مساو له، فيعطى للموصى له سهم، بقي سهم للابن، ثم استرجع من الموصى له نصف النصيب؛ لأنه استثنى منه نصيب ابن آخر، ونصيب ابن آخر يكون نصف هذا النصيب ضرورةً، انكسر بالإنصاف، فضعّف ليزول الكسر، فصار المال أربعة: نصيب الإبن سهمان، وللموصى له سهمان، ثم اطرح عن نصيب الابن سهما لوجهين: أحدهما: أنا لو لم نطرح ذلك، وأعطينا للموصى له سهمين، ونترك في يد الابن[1] سهمين لم تسترجع من نصيب الموصي له نصف النصيب وهو سهم، يصير في يد الوارث[2] ثلاثة، فيكون ذلك خطأ في الإعطاء والاسترجاع، أما الخطأ في الإعطاء، فلأنا أعطينا بالنصيب سهمين، ينبغي أن يكون مثل ذلك للابن، وقد صار للإبن ثلاثة.

وأما الخطأ في الاسترجاع: [فلأنا استرجعنا][3] من النصيب سهما، فإذا صار في يد الابن ثلاثة، فإذا قسمت الثلاث بين الإبنين، يكون لكل واحد سهم ونصف، فيظهر الخطأ في الإعطاء والاسترجاع جميعا، وهذا الخطأ إنما جاء من قبل السهم الذي يعود إلى الورثة، وأنه يدور، ولا يرتفع إلا بالطرح فطرحنا؛ ولأن ذلك يعود إليه بالاستثناء، فبقي المال ثلاثة أسهم، أعط للموصى له سهمين، واسترجع بالاستثناء نصفه، وذلك واحد، فيصير في يدك سهمان، مثل ما أعطيت الموصى له بالنصيب.

ولو قسمت ذلك بين ابنين، أصاب كل ابن سهم، مثل ما استرجعت من نصيب

---

(١) كذا في الأصل و(ا) و (ب) وفي (ج) و (د) "الوارث"، بدل "الابن".

(٢) سقطت العباره من (ج) و (د) من قوله: "سهمين" إلى قوله: "في يد الوارث".

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

الموصى له، فخرجت المسئة.

ومنها طريق الجبر والمقابلة: وهو أن تأخذ مالا مجهولا، وأعط بالوصية شيئا، واسترجع منه نصف شيء؛ لأنا نعلم أن نصيب الابن الآخر نصف نصيب الموصى له، فيصير معك مال إلا نصف شيء، وأنه يعدل شيئا، ينبغي أن يكون مثله، إلا أن المال ناقص بنصف، شيء، فاجبره، بأن تزيد عليه نصف شيء، وإذا زدت في المال نصف شيء، زد فيما يعدله نصف شيء، فصار المال الكامل يعدل شيئا ونصف شيء، فعُد كل نصف شيء سهما، فصار المال الكامل ثلاثة والشيء، وهو النصيب سهمين، والمسترجع نصف شيء، وأنه واحد، فإذا عرف ذلك، خرجت المسألة.

ومنها طريق الخطائين: وهو أن يجعل المال عددا ينقسم نصفين؛ لأنه أوصى بمثل نصيب، الابن، ومثل الشيء غيره، وأن ينقسم أيضا نصفه نصفين، لأنه استثنى من الوصية مثل نصيب ابن آخر، ونصيب ابن آخر يكون نصف نصيب ابن واحد، فيكون نصف نصيب، الموصى له، ويحتاج أيضا إلى أن يكون المال عددا لو استرجعت الربع من الموصى له، وضمّمته إلى النصف الذي في يد الابن، يمكن قسمة تلك الجملة على اثنين، وأقلّ عدد ينقسم ثلاثة أرباعه على اثنين ثمانية، فاجعل المال ثمانية، أعط للموصى له نصف المال، وذلك أربعة، بقي في يدك أربعة، لو قسمتها بين اثنين كان لكل ابن سهما، فاسترجع من نصيب الموصى له سهمين فيصير في يد الوارث[1] ستة.

وقد كنا أعطينا للموصى له بالنصيب أربعة، ينبغي أن يكون للابن أربعة، فظهر أنا أخطأنا بزيادة سهمين، فاطرح من المال سهمان واعط للموصي له اربعة واسترجع نصف ما

---

(١) سقطت العبارة من (ج) و (د) من قوله: "اثنين" الى قوله: "في يد الوارث".

اعطيت، وذلك سهمان[1]، فيصير في يدك خمسة، وقد أعطينا للموصى له أربعة، فينبغي أن يكون للابن أربعة، فجاء الخطأ بزيادة سهم، والخطأ الأول كان بزيادة سهمين، فعلمنا أنا متى طرحنا من المال سهما، يذهب من الخطأ واحد، فطرحنا من ثمانية سهمين، فصار المال ستة، أعط للموصى له أربعة، واسترجع نصف ما أعطيت، فصار في يد الوارث أربعة، مثل ما أعطينا للموصى له بالنصيب، ولو قسمنا الأربعة بين ابنين، أصاب كل ابن سهمان، مثل ما استرجعنا.

ومنها طريق الجامع الاصغر: وهو أن تذكر طريق الخطأين، فإذا ظهر الخطأ الأول والثاني، اضرب المال الأول، وهو ثمانية في الخطأ الثاني، وذلك واحد، واضرب المال الثاني، وهو سبعة في الخطأ الأول، وذلك اثنان، يكون أربعة عشر، اطرح أقلّ المالين، وذلك ثمانية من الأكثر، يبقى ستة، فهو المال.

ومعرفة النصيب أن تضرب النصيب الأول، وذلك أربعة في الخطأ الثاني، وهو واحد، فيكون أربعة، وتضرب النصيب الثاني، وذلك أربعة في الخطأ الاول، وهو اثنان فيكون ثمانية، ثم اطرح اقل النصيبين[2]، [وتضرب النصيب الثاني][3]، وهو أربعة من الأكثر، وذلك ثمانية، يبقى أربعة، فإذا ظهر المال والنصيب، خرجت المسألة.

ومنها طريق الجامع الأكبر: وذلك أن تذكر طريق الخطأين إلى أن يظهر الخطأ الأول، فزد على المال، وذلك ثمانية سهما، فيصير تسعة، أعط للموصى له أربعة،

---

(١) سقطت العبارة من (ج) و (د): من قوله: واعط للموصى له إلى قوله: سهمان.

(٢) سقطت العبارة: " ثمانية ثم اطرح أقل النصيبين " من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة في (ج) و (د).

واسترجع سهمين، فيصير معك سبعة، وكان ينبغي أن يكون أربعة، لأنا أعطينا للموصى له أربعة، فيكون للابن مثل ذلك، فجاء الخطأ بثلاثة أسهم، وقد كان الخطأ الأول بزيادة سهمين.

فإذا ظهر الخطأ الأول والثاني اضرب المال الأول، وذلك ثمانية في الخطأ الثاني، وهو ثلاثة، يكون أربعة وعشرين، واضرب المال الثاني، وذلك تسعة في الخطأ الأول، وذلك اثنان، يكون ثمانية عشر، اطرح أقلّ المالين وهو ثمانية عشر من الأكثر، وذلك أربعة وعشرون، يبقى ستة فهو المال.

ومعرفة النصيب أن تضرب النصيب الأول وذلك أربعة، في الخطأ الثاني وذلك ثلاثة، فيكون اثنا عشر، واضرب النصيب الثاني وذلك أربعة في الخطأ الأول، وذلك اثنان، فيكون ثمانية، ثم اطرح ثمانية من اثني عشر، يبقى أربعة، فهو النصيب، وإذا ظهر المال والنصيب، خرجت المسألة.

قال في الكتاب: سواء قال: إلا نصيب ابن آخر، أو إلا نصيب ابن آخر لو كان، أو إلا مثل نصيب ابن آخر، أو إلا نصيب ابن آخر لو كان، أو إلا مثل نصيب ابن آخر لو كان، فالكل سواء.

فرق بين الإيجاب وبين الإستثناء فقال: لو أوصى بنصيب ابنه، لا يصح، ولو أوصى بمثل نصيب ابنه، يصح، وفي الإستثناء يصح الاستثناء باللفظين جميعا.

وإنما كان هكذا؛ لأن الوصية بنصيب الابن تصرف في حق الابن؛ لأن نصيب الابن ما أوجبه الله تعالى له، ولا يملك تحويله إلى غيره، ولا كذلك الوصية بمثل نصيب الابن، فافترقا.

أما الاستثناء استرجاع بعض الوصية مع تقرير نصيب الابن، وإيجاب لما وراء المستثنى، وإيجاب غير نصيب الابن صحيح، فذكر النصيب، ومثل النصيب معيار للمسترجع، وتقرير له، وليس بتصرف في نصيب الوارث.

ولا يقال: بأن مثل الشيء غيره، فإذا قال: "إلا نصيب ابن آخر لو كان"، كان المسترجع هو النصف، لأن نصيب ابن آخر هو النصف، وإذا قال: "إلا مثل نصيب ابن آخر"، ومثل الشيء غيره، يقدر ههنا ثلاث بنين، فيكون لكل ابن ثلث المال، فينبغي أن يكون المسترجع ههنا ثلث المال.

ثم أجاب محمد رحمه الله عن هذا فقال: مثل نصيب الابن يحتمل غيره، فيقلّ المستثنى، وتكثر الوصية، ويحتمل عينه، قال الله تعالى: ﴿ليس كمثله شيء﴾[1].

فإنما ذكر "المثل" هنا على معنى أن يكون نصيب الابن معيارا للمسترجع، فوقع الشك في المستثنى، والشك في الاستثناء شك في الوصية، وفي مثل هذا، الصحيح من مذهب أصحابنا أن يعطى للموصى له الأقلّ؛ لأنه متيقّن.

وإنما حمل المثل في الإيجاب على الغير تصحيحا للوصية؛ لأن الوصية بنصيب الابن لا تصح؛ لأنها تصرف في حق الغير، وفي الاستثناء لم يوجد ما يوجب الحمل على المغايرة؛ لأن الاستثناء ردّ على الورثة، وتكثيرا لأنصبائهم.

ولهذا لو أوصى بمثل نصيب بنيه إلا نصيب أحدهم، يصح الإستثناء، فبعد ذلك لو حمل على المغايرة يقلّ الاستثناء، وتكثر الوصية، ولو حمل على المعيار، لا على

(١) سورة الشورى، الآية: ١١.

المغايرة، تقلّ الوصية، ويكثر الاستثناء، فلا يعطى بالوصية إلا المتيقن.

ولو أوصى بمثل نصيبه إلا نصيب ابن ثالث لو كان، أو مثل نصيب ابن ثالث لو كان، يصح الاستثناء، وللموصى له سهمان من خمسة إن أجازت الورثة، وإن لم تجز فله الثلث.

وتخريجها بطريق الحشو: أن نأخذ نصيب الابن، وهو سهم، ونزيد عليه لأجل الوصية سهما، لما ذكرنا أن مثل الشيء غيره، ثم نجعل نصيب الابن على ثلاثة لمعرفة المسترجع، وهو نصيب ابن ثالث، وإذا صار سهم الوارث على ثلاثة، صار سهم الموصى له على ثلاثة، ثم يطرح سهم من نصيب الابن، لما ذكرنا في المسئلة الأولى.

بقي المال خمسة، أعط للموصى له ثلاثة، واسترجع منه سهما، وضمّه إلى ما في يد الابن، يصير ثلاثة، مثل ما أعطينا للموصى له.

ولو قسمت الثلاثة بين ثلاثة بنين، أصاب كل ابن سهم، مثل ما استرجعت، وحصل للموصى له خمسا المال.

وطريق الدينار والدرهم: أن نجعل المال دينارا أو درهمين لحاجتنا، إلى أن يكون الباقي بعد نصيب الموصى له عددا لو استرجعنا واحدا من النصيب، كان المسترجع مع الباقي ثلاثة، ليكون المسترجع مثل(١) ابن ثالث، وأقلّ ذلك اثنان، فجعلنا النصيب دينارا، و الباقي درهمين، ثم استرجعنا الإستثناء مثل نصف ما بقي، وذلك واحد؛ لأن كل عدد لو زدت عليه مثل نصفه، كان الزائد ثلث الجملة، فصار معنا ثلاثة، وأنها تعدل

---

(١) وفي نسخة (ج) و (د): "مثل" بدل "نصيب" وفي (ا): مثل نصيب ابن ثالث.

دينارا؛ لأنا أعطينا للموصى له دينارا، ينبغي أن يكون للوارث مثل ذلك، فأقلب القصة، واجعل أجزاء الدينار أجزاء الدراهم، وأجزاء الدراهم أجزاء الدينار، كل درهم بمعنى واحد، وكل دينار بمعنى ثلاثة، وقد كنا جعلنا المال دينارا ودرهمين، الدينار ثلاثة، وكل درهم واحد، فيكون خمسة.

أعطينا بالنصيب دينارا، وذلك ثلاثة، واسترجعنا واحدا، وضممنا إلى ما في يد الوارث، فيصير ثلاثة، مثل ما أعطينا للموصى له، ولو قسمناها بين ثلاثة بنين، أصاب كل ابن درهم واحد، مثل ما استرجعنا.

وطريق الجبر والمقابلة: أن تأخذ مالا مجهولا، وأعط بالنصيب شيئا، بقي مال إلا شيء، استرجع بالاستثناء مثل نصف ما بقي لحاجتنا، إلى أن نسترجع بالاستثناء ما لو ضمّ ذلك إلى ما بقي، كان المسترجع ثلث تلك الجملة، حتى يكون المسترجع نصيب ابن ثالث، ونحن نعلم أن كل عدد لو ضمّ إليه مثل نصفه كان المضموم ثلثه، فاسترجعنا بالاستثناء نصف مال إلا نصف شيء، فصار معنا مال، ونصف مال إلا شيء، ونصف شيء، وإنه يعدل شيئا واحدا، إلا أنه ناقص بشيء ونصف شيء، فاجبر النقصان بشيء ونصف شيء، و زد شيئا ونصف شيء فيما يقابله، فصار معنا مال ونصف مال، يعدل شيئين ونصف شيء، وحاجتنا إلى مال واحد، فاطرح عنه ثلثه، ليعود إلى مال واحد، وإذا طرحت عن مال ونصف مال ثلثه، إطرح عما يقابله، وهو شيئان، ونصف شيء ثلثه، وإنه خمسة أسداس شيء، بقي شيء وثلثا شيء، إجعل كل ثلث شيء سهما، فيصير شيئا، وثلثا شيء خمسة أسهم، وأنه يعدل مالا واحدا، فظهر أن المال الكامل خمسة أسهم، وأن الواحد ثلاثة أسهم، أعطينا بالنصيب شيئا، وهو ثلاثة أسهم، بقي معنا سهمان، استرجعنا مثل نصف ما بقي، وذلك واحد، فصار معنا ثلاثة مثل ما أعطينا

بالنصيب .

ولو قسمنا ها[1] بين البنين الثلاثة، أصاب كل ابن واحد مثل ما استرجعنا .

وطريق الخطأين : أن نجعل المال أربعة، لحاجتنا إلى مال لو أعطينا بالنصيب نصفه، كان للباقي نصف، حتى لو استرجعنا من النصيب نصف ما بقي، ونضمّ المسترجع إلى ما بقي، كان المسترجع ثلث تلك الجملة، وأقلّ عدد له نصف، ولنصفه نصف أربعة، فجعلنا المال أربعة، أعطينا بالنصيب سهمين، واسترجعنا من النصيب نصف ما بقي، وذلك واحد، فصار معنا ثلاثة، وكان ينبغي أن يكون معنا سهمان، مثل ما أعطينا بالنصيب، فظهر أنا أخطأنا بزيادة منهم، فزد في النصيب نصف سهم، ولاتزد سهما، فإنك إذا زدت سهما، يذهب الخطأ كله .

والعمل في الخطأين، أن يظهر الصواب من الخطأين، ولا يظهر بالخطأ الواحد، فزدنا على النصيب نصف سهم، أعطينا بالنصيب سهمين ونصف سهم، واسترجعنا مثل نصف ما بقي معنا، وذلك واحد، فيصير معنا ثلاثة، وكان ينبغي أن يكون معنا سهمان ونصف؛ لأنا أعطينا بالنصيب سهمين ونصف، فينبغي أن يكون نصيب الابن كذلك، فكان الخطأ بنصف سهم، وقد كان الخطأ الأول بزيادة سهم واحد، فعلمنا أنا لو زدنا على النصيب الأول سهما، يذهب الخطأ كله، فزدنا على النصيب الأول سهما، فصار المال خمسة، والتخريج إلى آخره .

ولو ترك ثلاثة بنين، وأوصى لرجل بمثل نصيب بنيه جميعا، إلا مثل نصيب أحدهم، أو قال : إلا نصيب أحدهم، فهذه المسألة والأولى سواء، إذ لا فرق بين أن يترك

---

(١) في نسخة (ج) "ها" ساقطة .

ابنا واحدا، ويوصي بمثل نصيبه إلا نصيب ابن ثالث، وبين أن يترك ثلاثة بنين، ويوصي بمثل نصيبهم إلا نصيب ابن ثالث، فيجعل المال خمسة، وحاصل الوصية خمسا المال إن أجازت الورثة، وإن لم تجز فله الثلث. وإنما ذكر هذه المسألة إيضاحا للأول.

ثم سأل في الكتاب على نفسه سؤالا، فقال: ينبغي أن يكون المستثنى ربع المال، لأنه استثنى مثل نصيب أحدهم، ومثل الشيء غيره، فكان المستثنى نصيب ابن رابع.

ثم أجاب، فقال: هذا استثناء لنصيب أحدهم، لأن مثل الشيء قد يراد به غيره، وقد يراد به عينه، إلا أن في الاستثناء لو حمل على الغير، يقلّ الاستثناء، وتكثر الوصية، فلا يحمل على المغايرة، ولا يعطى بالوصية إلا القدر المتيقن، وقد ذكرنا هذا فيما تقدم.

ولو مات، وترك ابنين، وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهما إلا نصيب ابن ثالث لو كان، أو قال: إلا مثل نصيب ابن ثالث لو كان، فهما سواء، والمال سبعة، والنصيب الكامل ثلاثة، والمسترجع سهمان، وحاصل الوصية واحد.

أما تخريجها بطريق الحشو: أن تأخذ نصيب الابنين، وذلك اثنان، وتزيد على ذلك[1] واحدا لمكان الوصية؛ لأنه أوصى بمثل نصيب أحدهما، فيصير المال ثلاثة، ثم اقسم نصيب الاثنين على ثلاثة، لحاجتك إلى معرفة المسترجع، وقسمةُ اثنين على ثلاثة لا تستقيم، فاضرب اثنين في ثلاثة فيصير ستة، وإذا ضربت نصيب الابنين في ثلاثة، اضرب نصيب الموصى له، وذلك واحد أيضا في ثلاثة، فيصير الكل تسعة، ثم اطرح عما في يد الورثة نصيب ابن ثالث، وذلك سهمان، يبقى في يد الورثة أربعة، استرجع بالاستثناء نصيب ابن ثالث ما كان قبل الطرح، وذلك سهمان، فيصير في يد الورثة ستة،

(١) "على ذلك" ساقط من (ج) و (د).

لو قسمتها بين ابنين أصاب كل ابن ثلاثة، مثل ما أعطينا بالنصيب الكامل، ولو قسمتها بين ابنين، أصاب كل ابن سهمان، مثل ما استرجعنا.

وطريق الدينار والدرهم: أن نجعل المال دينارا ودرهمين، لحاجتنا إلى مال لو أعطينا بالنصيب دينارا كان الباقي[1] نصف، حتى لو استرجعنا من الدينار نصف ما بقي، ونضمّه إلى ما بقي، كان المسترجع بعد الضمّ ثلث تلك الجملة، وأقلّه درهمان، فجعلنا المال دينارا ودرهمين.

أعطينا بالنصيب دينارا، بقي معنا درهمان، استرجعنا من الدينار نصف ما بقي، وذلك درهم واحد، فصار معنا ثلاثة دراهم، تعدل دينارين؛ لأنا أعطينا بالنصيب دينارا، ينبغي أن يكون لكل ابن دينار، فأقلب الفضة، واجعل أجزاء الدينار أجزاء الدراهم، وأجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، كل دينار بمعنى ثلاثة، وكل درهم بمعنى درهمين.

وقد كنا جعلنا المال في الابتداء دينارا ودرهمين، والدينار ثلاثة، والدرهمان أربعة دراهم، فظهر أن المال سبعة، أعطينا بالنصيب دينارا، وذلك ثلاثة، بقي معنا أربعة دراهم، استرجعنا بالاستثناء نصف ما بقي، وذلك درهمان، فصار معنا ستة دراهم، لو قسمناها بين الابنين، أصاب كل ابن درهمان مثل ما استرجعنا.

وأما طريق الجبر والمقابلة: أن تأخذ مالا مجهولا، وأعط بالنصيب شيئا، يبقى مال إلا شيء، استرجع من النصيب الذي أعطيت مثل نصف ما بقي، ليكون المسترجع بعد الضمّ إلى ما بقي ثلث الجملة، فاسترجعنا نصف مال إلا نصف شيء، و ضممناه إلى ما

(١) وفي (ج) و (د): للثاني، بدل "الباقي".

بقي، فصار معنا مال و نصف مال إلا شيء و نصف شيء[1]، وانه يعدل شيئين؛ لأنا أعطينا بالنصيب شيئا ينبغي أن يكون معنا ضعفه، ليكون لكل ابن شيء، غير أن المال ناقص بشيء ونصف شيء، فاجبره بشيء ونصف شيء، و زد فيما يعدله مثل ذلك، فيصير معنا مال ونصف مال، يعدل ثلاثة أشياء ونصف شيء، وحاجتنا إلى مال واحد، فاطرح الزيادة، وذلك نصف مال، وإنه قدر ثلاثة. وإذا طرحت من مال ونصف مال ثلاثة، إطرح عما يقابله، وهو ثلاثة أشياء، ونصف شيء ثلثها، وذلك شيء وسدس شيء، بقي معنا شيئان وثلث شيء، فاجعل كل ثلث شيء سهما، فيصير سبعة، فظهر أن المال الكامل سبعة.

أعطينا بالنصيب شيئا، وهو ثلاثة، بقي معنا أربعة، استرجعنا نصف ما بقي، وهو اثنان، فيصير معنا ستة، لو قسمناها بين ابنين أصاب كل ابن ثلاثة، مثل ما أعطينا بالنصيب، ولو قسمناها بين ابنين، أصاب كل ابن سهم، مثل ما استرجعنا.

وطريق الخطأين: أن تجعل المال عددا له نصف، ولنصفه نصف، لحاجتنا إلى مال لو أعطينا بالنصيب نصيبا، يكون للباقي نصف، حتى يمكن استرجاع نصفه من النصيب، ليكون المسترجع بعد ضمه إلى الباقي ثلث تلك الجملة، وأقل ذلك أربعة، فجعلنا المال أربعة[2]، وأعطينا بالنصيب اثنين، بقي معنا اثنان، استرجعنا من النصيب نصف ما بقي، وذلك واحد، فصار معنا ثلاثة، وحاجتنا إلى الأربعة؛ لأنا أعطينا بالنصيب اثنين، ينبغي أن يكون للابنين أربعة، فظهر أنا أخطأنا بنقصان سهم، فزد في النصيب سهما، فصار المال خمسة، أعطينا بالنصيب ثلاثة، بقي اثنان، استرجع بالاستثناء نصف ما بقي، وهو

(١) قوله: "ضممناه إلى ما بقي" إلى قوله: نصف شيء. ساقط من (ج) و (د).

(٢) سقطت العبارة من (ج) و (د): فجعلنا المال أربعة. وثبتت في النسخ الأخرى.

واحد، فيصير معنا ثلاثة، وحاجتنا إلى ستة؛ لأنا أعطينا بالنصيب ثلاثة، ينبغي أن يكون لكل ابن ثلاثة، فجاء الخطأ بثلاثة.

وقد كان الخطأ الأول بنقصان سهم، فعلمنا أن بالزيادة في النصيب يزداد الخطأ الأول، ولا يزول، فنَقَصنا من النصيب الأول نصف سهم، وباقي المال على حاله، فصار المال ثلاثة ونصف[1]، أعط بالنصيب سهما ونصف سهم، يبقى معنا سهمان، استرجع بالاستثناء نصف ما بقي، وذلك سهم واحد، فيصير معنا ثلاثة.

ولو قسمناها بين ابنين، أصاب كل ابن سهم ونصف، مثل ما أعطينا بالنصيب.

ولو قسمناها بين ثلاث[2] بنين، أصاب كل ابن سهم واحد، مثل ما استرجعنا، فخرجت المسئلة من ثلاثة ونصف، إلا أنه ينكسر بالإنصاف، فضعف لزوال الكسر، فصار المال سبعة، والتخريج إلى آخره.

الفصل الثاني:

جمع في هذا الفصل بين الاستثناء الباطل، والمبطل، والاستثناء الصحيح.

أما الاستثناء الباطل: رجل له ابن واحد، أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه، إلا مثل نصيب ابنه، بطل الاستثناء، وللموصى له نصف المال، إن أجاز الوارث، وإن لم يجز، فله الثلث.

---

(١) سقط كلمة نصف من (ج) و (د).

(٢) سقط "ثلاث" من (ج) و (د).

أما بطلان الاستثناء ؛ لأن الكلام مع الاستثناء تكلّم بما وراء المستثنى ، فإذا استثنى جميع ما تكلم به بطل[1] ، كما لو قال : لفلان عليّ ألف درهم إلا ألف درهم .

فإن قيل : الوصية تحتمل الرجوع ، فإذا استثنى جميع ما تكلم به ، وجب أن يجعل رجوعا ، تصحيحا لكلامه[2] .

والجواب عنه : أن الاستثناء ليس برجوع وضعا ، والاستثناء مذكور في كتاب الله تعالى ، وكلام الله تعالى منزّه عن الرجوع ؛ لأن الرجوع بَدَاءٌ وتَدارُكٌ في الغلط ، ولهذا يصح استثناء البعض فيما لا يحتمل الرجوع[3] ، كالطلاق ، والعتاق ، والإقرار علم أنه

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٩٤ .

(٢) أسند الكاساني هذا القول إلى الإمام محمد رحمه الله ، فقال في آخر كتاب الوصايا : هل تبطل الوصية باستثناء كل الموصى به في كلام متصل؟ اختلف فيه ، قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : لاتبطل ، ويبطل الاستثناء ، وللموصى له جميع ما أوصى به ، وقال محمد رحمه الله : يصح الاستثناء ، وتبطل الوصية . وجه قوله : إن الاستثناء ههنا رجوع عما أوصى به ، والوصية محتملة للرجوع ، فيحمل على الرجوع . ولهما : إن هذا ليس باستثناء ولا رجوع ، فيبطل الاستثناء رأسا ، وتبقى الوصية صحيحة ، وبيان ذلك أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا ، واستخراج بعض الجملة الملفوظة ، ولايوجد ذلك في استثناء الكل من الكل ، والرجوع فسخ الوصية وإبطالها ، ولايتصور ذلك في الكلام المتصل . انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٩٤ .
ومن الملاحظ أن إسناد هذا القول إلى الإمام محمد لا يخلو من نظر ، وأن الإمام محمد يتفق مع شيخيه في هذا ، كما هو واضح من خلال مسائل هذا الفصل .

(٣) انظر «أصول السرخسي» ٢/ ٣٩ .

ليس برجوع.

وكذا لو أوصى بثلث ماله إلا نصف ماله، لا يصح؛ لأنه استثنى أكثر مما تكلم به.

وروى بشر[1] عن أبي يوسف في الإملاء: إذا مات، وترك أربعة بنين، وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث المال، يصح الاستثناء، وتبطل الوصية؛ لأنه أوصى له بالربع، واستثنى الثلث، فكان استثناء الأكثر مما تكلم به.

وأما الاستثناء المبطل: رجل له ابن واحد، وأوصى لرجل بنصف ماله إلا مثل بنصيب[2] ابنه، أو إلا مثل نصيب ابن آخر لو كان، أو إلا نصيب ابن آخر لو كان، فإنه يصح الاستثناء، وتبطل الوصية.

أما صحة الاستثناء؛ فلأنه استثنى غير ما تكلم به، وله وجه الصحة[3]؛ لأن الوصية إيجاب عند الموت، وربما يحدث له بنون، فيصير نصيب هذا الابن خمس المال أو عشرة، فيصير المستثنى أقلّ من الوصية، فيصح الاستثناء.

وأما بطلان الوصية؛ فلأنه لما صحّ الاستثناء، وخرج المستثنى، وهو نصيب الابن من الإيجاب، فإذا مات، وليس له إلا ابن واحد لم يبق وراء نصيب الابن شيء، فتبطل الوصية ضرورة، أجاز الوارث أو لم يجز، لأن الإجازة إنما تعمل في الموقوف[4]، ولم يبق

---

(١) هو بشر بن الوليد الكندي القاضي، وتقدم ترجمته في ص ١٢٦.

(٢) سقط من (ج) و (د): قوله: "بنصيب".

(٣) انظر «أصول السرخسي» ٢/ ٣٩، و «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١٠/ ١٠٤.

(٤) قاعدة: "الإجازة إنما تعمل في الموقوف" تقدم الكلام عليها في البيوع ص ٧٤٩ حين ذكرها

هنا وصية حتى تتوقف.

وأما الوجه الثالث: وهو الاستثناء الصحيح الذي لا يبطل الوصية:

رجل له ابن واحد، أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه إلا نصف المال، فإنه يصح الاستثناء والوصية؛ لأنه استثنى غير ما تكلم به، وهو أقلّ من الوصية.

أما بيان المغايرة ظاهر، وبيان أنه أقلّ مما أوصى به، لأن الابن إذا كان واحدا كان نصيبه كل المال، ومثل الشيء ما يعادله، فقد أوصى له بجميع المال، واستثنى النصف، فإذا جاز الاستثناء والوصية، كان للموصى له ربع المال.

وتخريجها بطريق الحشو: أن تأخذ نصيب الابن، وهو واحد، ويزاد عليه لأجل الوصية بالمثل سهم، ثم نجعل كل سهم على سهمين لمكان الاستثناء بالنصف، أو لأنه استثنى من النصيب، فينبغي أن يكون النصيب أكثر من واحد، فجعلنا المال أربعة، أعط للموصى له ثلاثة؛ لأنه لما استثنى من النصيب نصف المال يكون النصيب أكثر من نصف المال، أو لأنه استثنى من النصيب نصفا شائعا نصفه مما كان في يد الابن، فلابد أن يضمّ ذلك إلى الموصى له، ليعود بعد ذلك إلى الابن بالاستثناء، فأعطينا للموصى له ثلاثة، ثم استرجعنا منه نصف المال، وهو اثنان، فيصير في يد الابن ثلاثة مثل ما أعطينا للموصى له قبل الاسترجاع، وقد استرجعنا سهمين، وهو نصف المال.

وتخريجه بطريق الدينار والدرهم: أن تجعل المال دينارا ودرهما، وتعطي بالنصيب

قاضي خان بعبارة: "الإجازة لاترد على المفسوخ"، وذكرها السرخسي بصيغة: "الإجازة تلحق الموقوف لا المفسوخ". «المبسوط» ٢٤/ ٩٤.

دينارا، ثم استرجع منه مثل نصف المال، وذلك نصف دينار ونصف درهم، ونضمّ ذلك إلى ما في يد الابن، فيصير في يد الابن درهم ونصف درهم ونصف دينار، وحاجتنا إلى دينار واحد؛ لأنا أعطينا بالنصيب دينارا، ينبغي أن يكون مثل ذلك، فجعلنا نصف الدينار قصاصا بنصف دينار، بقي درهم ونصف درهم، يعدل نصف دينار، فعلمنا أن الدينار الكامل يعدل ثلاثة دراهم، وقد كنا جعلنا المالَ دينارا ودرهما، والدينار ثلاثة دراهم من حيث المعنى كان المال أربعة دراهم، أعطينا بالنصيب دينارا، وذلك ثلاثة، واسترجعنا نصف دينار ونصف درهم، وذلك درهمان، والتخريج إلى آخره.

وأما طريقة الجبر والمقابلة: أن تأخذ مالا، وتعطي بالنصيب شيئا، بقي معنا مال إلا شيء، يسترجع بالاستثناء نصف مال كامل، فصار معنا مال إلا شيء، ونصف مال كامل، وأنه يعدل شيئا، إلا أن المال ناقص بشيء، فاجبره بشيء، وإذا زدت في المال الناقص شيئا، زد فيما يعدله شيئا، فصار معنا مال كامل، ونصف مال يعدل شيئين، وحاجتنا إلى مال واحد، فاطرح عنه الزيادة، وذلك بأن تطرح عنه ثلثه، وإذا طرحت من المال ثلثه، اطرح عما يقابله، وذلك شيئان، ثلثه وهو[1] ثلثا شيء، بقي مال يعدل شيئا وثلث شيء، كل ثلث سهما، فكان المال الكامل يعدل أربعة، أعطينا بالنصيب شيئا، وهو ثلاثة، واسترجعنا منه نصف المال، وهو اثنان، فيصير في يد الوارث ثلاثة مثل ما أعطينا بالنصيب.

ولو ترك ابنا واحدا، وأوصى لرجل بنصف المال إلا نصيب ابن ثالث، أو

---

(١) "وهو" ساقط من (ج) و (د).

[قال][1]: إلا مثل نصيب ابن ثالث، أو قال: إلا مثل نصيب ابن ثالث لو كان، جاز الاستثناء والوصية، وللموصى له ربع المال.

أما جواز الاستثناء؛ لأنه استثنى غير ما تكلم به، وهو دون الوصية أيضا. أما جواز الوصية؛ فلأن الاستثناء لا يستغرق الوصية.

وتخريجها بطريق الحشو: أن نأخذ نصيب الابن، وذلك واحد، وتزيد عليه سهما لأجل الوصية، ثم يجعل ما في يد الابن على ثلاثة لمعرفة المسترجع، وهو نصيب ابن ثالث، وإذا صار ما في يد الوارث على ثلاثة، صار ما في يد [الموصى له][2] على ثلاثة، ثم اطرح عما في يد الوارث سهما؛ لأن ذلك يعود إليه بالاستثناء، واطرح عما في يد [الموصى له][3] له سهما؛ لأنه نصف المال، فعاد المال إلى أربعة، أعطينا للموصى له سهمين، واسترجعنا سهما، فصار في يد الابن ثلاثة لو قسّمت بين ثلاثة بنين، أصاب كل ابن سهم واحد مثل ما استرجعت، وبقي للموصى له سهم.

والتخريج بطريق الجبر والمقابلة: أن تأخذ مالا، وتدفع بالوصية نصفه ثم تسترجع من الوصية نصيب ابن ثالث، فصار في يد الوارث نصيب ونصف مال يعدل ثلاثة أنصبة، واحتجنا إلى ثلاثة أنصبة[4]، فالنصيب بالنصيب قصاص، يبقى نصف مال يعدل

---

(١) ما بين المعكوفتين: زيادة من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د)، وكان في الأصل: "الوارث" بدل "الموصى له"، والصواب ما أثبت.

(٣) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د)، وكان في الأصل: "الوارث".

(٤) ورد في جميع النسخ: "أنصبا" وهو خطأ، فإن "النصيب" يجمع على: "أنصبة". المصباح

نصيبين، فظهر أن المال الكامل أربعة، أعطينا بالنصيب سهمين، واسترجعنا سهما واحدا، فصار في يد الابن ثلاثة أسهم، وبقي في يد الموصى له سهم واحد.

ولو أوصى بنصف ماله إلا نصيب ابن رابع، أو مثل نصيب ابن رابع، لو كان البنون أربعة، فأوصى بنصف المال إلا نصيب أحد بنيه، أو إلا مثل نصيب أحد بنيه، صح الاستثناء والوصية، وللموصى له ثلث المال.

أما جواز الاستثناء؛ لما قلنا، وأما جواز الوصية؛ لبقاء شيء من الوصية بعد الاستثناء.

وتخريجها بطريق الحشو: أن يجعل المال أربعة؛ لأن البنين أربعة، ثم زد عليه أربعة ليكون ذلك مثل نصف الجملة، ثم اطرح عن نصيب الورثة مثل نصيب أحدهم، وهو سهم لأن ذلك يعود إليهم بالاستثناء، واطرح عن نصيب الموصى له أيضا سهما لأن نصيبه نصف المال، فإذا صار هذا النصف ثلاثة يجب أن يكون النصف الآخر ثلاثة، ثم أعط بالوصية ثلاثة، وذلك نصف المال، واسترجع بالاستثاء سهما، فيصير في يد الورثة أربعة نصيب[1]، لكل واحد منهم سهم مثل ما استرجعت، وبقي للموصى له سهمان، وهو ثلث المال.

وتخريجها بطريق الجبر والمقابلة: أن تأخذ مالا، وتدفع بالوصية نصفه، وتسترجع منه نصيبا، فصار معنا نصف مال ونصيب يعدل أربعة أنصبة، فنصيب قصاص بنصيب، بقي معنا نصف مال يعدل ثلاثة أنصبة، فيظهر أن المال كان ستة، دفعنا إلى الموصى له

المنير ٢/٦٠٦.

(١) "نصيب" ساقط من (ج) و (د).

نصفه، وهو ثلاثة، واسترجعنا منه سهما، فصار في يد الورثة أربعة، لكل واحد منهم سهم مثل المسترجع، وبقي في يده سهمان، وهو ثلث المال.

وأما الفصل الثالث: وهو الوصية المتعددة:

رجل مات، وترك ابنين، وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهما إلا مثل نصيب ابن ثالث، أو قال إلا نصيب ابن ثالث، وأوصى لرجل آخر بثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية الحاصلة، أو قال: إلا ثلث ما يبقى من الثلث، ولم يزد عليه، فهما سواء في الاستحسان على ما بينا في الأبواب المتقدمة، فقد جعلوا لجنس هذه المسائل طريقا، وهو أنك تنظر إلى عدد تستقيم قسمته على اثنين وعلى ثلاثة؛ لأنا نحتاج إلى قسمته بين اثنين لمعرفة نصيب أحد الابنين، ونحتاج إلى قسمته بين ثلاثة لمعرفة المسترجع، وأقلّ ذلك ستة، لو قسمتها بين ثلاثة يكون لكل واحد سهمان، ولو قسمناها بين اثنين يكون لكل واحد منهما ثلاثة، ثم تنظر إلى تفاوت ما بين القسمتين، وذلك واحد، فزده على الجملة، فيصير سبعة، ثم اضرب في ثلاثة لأجل الوصية بثلث ما يبقى، فيصير أحدا وعشرين، ثم اطرح ما زدت، وذلك واحد يبقى عشرون، هو ثلث المال.

ومعرفة النصيب: أن تأخذ ما زدت، وذلك واحد، وتضربه في ثلاثة، فهو ثلاثة، ثم تضربه في ثلاثة، فيصير تسعة، ثم اطرح ما أخذت، وذلك واحد، يبقى ثمانية، فهو حاصل الوصية، متى رفعت هذا من ثلث المال يبقى من الثلث اثني عشر، أعط بالوصية الثانية ثلث ما بقي، وذلك أربعة، يبقى ثمانية تضمّه إلى ثلثي المال، وذلك أربعون، فيصير ثمانية وأربعين، متى قسمتها بين ابنين أصاب كل ابن أربعة وعشرون، فهو النصيب

الكامل يعني قبل الاسترجاع، ومتى قسمناها بين ثلاثة بنين أصاب كل ابن ستة عشر، فهو النصيب الناقص.

متى عرفت هذا عُد إلى الأصل، وأعط للموصى له أربعة وعشرين، عشرون من ذلك ثلث المال، وأربعة من الثلثين بطريق القرض، استرجع بالاستثناء نصيب الابن الثالث ستة عشر، يبقى في يد الموصى له من الوصية ثمانية، فهو الحاصل للوصية.

إذا عرفنا أن الحاصل له ثمانية، رفعنا ثمانية من ثلث المال، وأعطينا له ثمانية، بقي من الثلث اثني عشر، نرفع بالوصية ثلث ما بقي، وذلك أربعة، يبقى ثمانية نضمّه إلى ثلثي المال، وذلك أربعون، فيصير ثمانية وأربعين، لكل ابن أربعة وعشرون، ولو قسمنا بين ثلاثة بنين، يكون لكل ابن ستة عشر، مثل ما استرجعنا.

والتخريج بطريقه أن نقول: أوصى بوصيتين، ولابدّ من معرفة مخرج الوصية الأولى حتى تضربه في مخرج الوصية الثانية، فيظهر الجواب، فنقول: لو لا الوصية الثانية كانت المسئلة من سبعة، بأن تجعل أصل الفريضة سهمين لمكان الابنين، وتزيد عليه سهمان [لمكان الابنين، وتزيد عليه سهما](1) لمكان الوصية؛ لأنه أوصى بمثل نصيب أحدهما، ثم تجعل نصيب الابنين على ثلاثة لمعرفة المسترجع، وقسمة اثنين على ثلاثة لا تستقيم، فاضرب اثنين في ثلاثة، فيصير ستة، وإذا صار نصيب الابنين ستة صار نصيب الموصى له ثلاثة، وكل المال تسعة، ثم تطرح من نصيب الورثة مثل نصيب ابن ثالث؛ لأن ذلك يعود إليهما بالاستثناء، فعاد المال إلى سبعة، أربعة للورثة، وثلاثة للموصى له، تسترجع من نصيب الموصى له مثل نصيب ابن ثالث، وذلك سهمان، فيصير في يد الورثة ستة لو

(١) ما بين المعكوفتين: زيادة من (ج) و (د).

قسمتها بين ابنين كان لكل ابن ثلاثة مثل ما أعطينا بالنصيب.

ولو قسمناها بين ثلاثة بنين، أصاب كل [ابن] [1] سهمان، مثل ما استرجعنا، ويبقى في يد الموصى له سهم واحد، وهو حاصل الوصية، فظهر أن المسترجع مثل ثلثي حاصل الوصية، فإذا أوصى مع ذلك بثلث ما يبقى من الثلث نضرب مخرج الوصية الثانية، وذلك ثلاثة في مخرج الوصية الأولى، وذلك سبعة يكون أحدا وعشرين، ثم اطرح ما كان حاصل الوصية في الوصية الأولى، وذلك واحد، يبقى عشرون، فهو ثلث المال، والثلثان ضعفه، والكل ستون.

وأما معرفة النصيب: أن تأخذ النصيب في الوصية الأولى، وذلك ثلاثة، وتضربه في ثلاثة فيكون تسعة، ثم في ثلاثة فيكون سبعة وعشرين، ثم اطرح ما أخذت، وذلك ثلاثة، يبقى أربعة وعشرون النصيب الكامل، وهو أكثر من الثلث.

وأما طريق معرفة الوصية الحاصلة: أن تأخذ حاصل الوصية في الوصية الأولى، وذلك سهم، واضربه في ثلاثة فيكون ثلاثة، ثم اضربه في ثلاثة فيكون تسعة، ثم اطرح ما أخذت، وهو واحد، يبقى ثمانية، هذا هو الوصية الحاصلة، والمسترجع قدر ثلثي حاصل الوصية في الوصية الأولى، وذلك ستة عشر، فخذ ثلث المال، وهو عشرون، وأعط منه بالوصية الحاصلة للموصى له الأول ثمانية، يبقى من الثلث اثنى عشر، أعط بالوصية الثانية ثلث ذلك، وهوأربعة، يبقى ثمانية، ضمّها إلى ثلثي المال، وهو أربعون، يصير ثماني وأربعين، إذا قسمت بين ابنين أصاب كل ابن أربعة وعشرون، مثل ما أعطينا بالنصيب.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

ولو قسمنا بين ثلاثة بنين، أصاب كل ابن ستة عشر، ثلثا النصيب الكامل، فحصل للموصى له ثمانية، وللموصى له الثاني أربعة، وللورثة ثمانية وأربعون.

ومحمد رحمه الله خرج المسألة من خمسة عشر، واقتصر على الربع لموافقة بين الأجزاء في الربع.

وطريق الجبر والمقابلة: أن تأخذ ثلث مال مجهول، أعط بالنصيب شيئا، واسترجع ثلثي شيء، لعلمنا أن المسترجع ثلث النصيب؛ لأن نصيب الابن الثالث يكون ثلثي نصيب كل واحد من الإبنين، فيكون ثلثي نصيب الموصى له، يبقى ثلث مال إلا ثلث شيء، أعط للموصى له الثاني ثلث ما بقي، وهو تسع مال إلا تسع شيء، لأن الثلث إذا كان منقوصا بثلث شيء كان كل تسع منقوصا بتسع شيء.

فإذا أعطينا للموصى له الثاني تسع مال إلا تسع شيء، بقي معنا من الثلث تسعا مال إلا تسعي شيء، ضمّ هذا إلى ما في يد الورثة، وهو ستة أتساع المال، فيصير معك ثمانية أتساع مال إلا تسعي شيء، وأنه يعدل شيئين، لأنا أعطينا للموصى له الأول شيئا ينبغي أن يكون لكل ابن شيء، إلا أن ثمانية أتساع المال ناقص بتسعي شيء، فزد عليه تسعي شيء، وزد فيما يعدله، وذلك شيئان تسعي شيء، فيصير ثمانية أتساع مال يعدل شيئين، وتسعي شيء، غير أن المال ناقص بتسعيه، فاجبره بأن تزيد عليه مثل ثمنه ليكمل المال.

وإذا زدت عليه مثل ثمنه، زد فيما يعدله، وهو شيئان، وتسعا شيء ثمن ذلك، وليس لشيئين وتسعي شيء ثمن صحيح، فانكسر بالأثمان والأتساع، فاضرب أحد المخرجين في الآخر، فيصير اثنين وسبعين، ثم اضرب شيئين وتسعي شيء في اثنين وسبعين، فيصير مائة وستين، زد عليه ثمنه، وذلك عشرون، فيصير الكل مائة وثمانين،

والثلث ستون.

ومعرفة النصيب: جعلنا النصيب شيئا، وضربنا كل شيء في اثنين وسبعين، فيكون النصيب اثنين وسبعين، والمسترجع قدر ثلثيه، وذلك ثمانية وأربعون، يبقى بعد استرجاع هذا من النصيب الكامل أربعة وعشرون، فكان هذا حاصل الوصية، إذا رفعت أربعة وعشرين عن ثلث المال، وهو ستون، يبقى من الثلث ستة وثلاثون، أعط للموصى له الثاني ثلث ما بقي، وهو اثني عشر، يبقى أربعة وعشرون، نضمّ هذا إلى ثلثي المال، وذلك مائة وعشرون، يصير مائة وأربعة وأربعين، إذا قسمت بين ابنين، أصاب كل واحد منهما اثنان وسبعون، مثل ما أعطينا بالنصيب.

ولو قسمت بين ثلاثة بنين أصاب كل ابن ثمانية وأربعون، مثل ما استرجعنا، فإن أردت الاختصار تجد بين الأجزاء موافقة في جزء من اثني عشر، فجزء من اثني عشر من مائة وثمانين خمسة عشر، وجزء من اثني عشر من اثنين وسبعين ستة، ومن ثمانية وأربعين أربعة، ومن أربعة وعشرين سهمان، ومن اثني عشر واحد، فتخرج من خمسة عشر على هذا الوجه.

وأما طريق الدينار والدرهم: أن تجعل ثلث المال دينارا وثلاثة دراهم[1]، أعط للموصى له بالنصيب ثلاثة دنانير، دينار من الثلث، وديناران قرض عليك إلى أن تؤديهما من الثلث، ثم استرجع بالاستثناء دينارين، فعلمنا أن المسترجع ثلثا نصيب الموصى له، لأن نصيب الابن الثالث يكون ثلثا نصف المال، فاسترجعنا دينارين، وقد بقي من الثلث ثلاثة دراهم، أعط للموصى له الثاني ثلث ذلك، وهو درهم واحد، بقي درهمان ضمّهما

---

(١) "دراهم" ساقط من (ج) و (د).

إلى ثلثي المال، وذلك ديناران وستة دراهم، فيصير دينارين وثمانية دراهم، وحاجتنا إلى ستة دنانير، لأنا أعطينا بالنصيب ثلاثة دنانير، ينبغي أن يكون للابنين ضعف ذلك، فالديناران بمثلها قصاص، بقي معك ثمانية دراهم تعدل أربعة دنانير.

فأقلب الفضة، واجعل أجزاء الدنانير أجزاء الدراهم، وأجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، فصار[1] كل دينار بمعنى ثمانية دراهم، وكل درهم بمعنى أربعة، وقد كنا جعلنا ثلث المال دينارا، وذلك ثمانية، وثلاثة دراهم، وذلك اثني عشر، فيكون عشرين، وجعلنا النصيب ثلاثة دنانير، فيكون أربعة وعشرين، واسترجعنا دينارين، وذلك ستة عشر، بقي حاصل الوصية ثمانية متى رفعتها عن ثلث المال، وهو عشرون، يبقى اثني عشر، أعط للموصى له الثاني ثلث ما بقي أربعة، يبقى ثمانية ضمّها إلى ثلثي المال، فيصير ثمانية وأربعين، فخرجت المسئلة، وإن اختصرت على الربع كان من خمسة عشر، كما خرج محمد رحمه الله.

ولو قال: إلا نصيب ابن رابع لو كان، والمسئلة بحالها، فالتخريج على طريق بعض المشايخ أن تنظر عددا تستقيم قسمته بين ابنين وبين أربعة، وذلك أربعة، إذا قسمتها بين ابنين، أصاب كل واحد منهما سهمان، ومتى قسمتها بين أربعة بنين أصاب كل واحد منهما سهما، ثم انظر إلى تفاوت ما بين القسمتين، وذلك واحد، وتزيد على الأربعة، فيصير خمسة، ثم تضربها في ثلاثة، فيكون خمسة عشر، ثم اطرح ما زدت، وذلك واحد، يبقى أربعة عشر، فهو ثلث المال.

ومعرفة حاصل الوصية: أن تأخذ تفاوت ما بين القسمتين، وذلك واحد فتضربه في

---

(١) "فصار" ساقط من (ج) و (د).

ثلاثة، فيكون تسعة، ثم اطرح ما أخذت، يبقى ثمانية، فهو حاصل الوصية، إذا رفعت هذا عن ثلث المال، وذلك أربعة عشر، يبقى ستة، أعط للموصى له الثاني ثلث ما بقي، وذلك اثنان، يبقى أربعة، متى ضممتها إلى ثلثي المال يصير اثنين وثلاثين، إذا قسمتها بين ابنين أصاب كل واحد منهما ستة عشر، فهو النصيب الكامل.

ولو قسمت بين أربعة بنين، كان لكل ابن ثمانية، وهو النصيب الناقص. وهو المسترجع ثمانية، وأعط للموصى له أولا بالنصيب الكامل ستة عشر، واسترجع منه ثمانية يبقى للموصى ثمانية فارفع ثمانية عن ثلث المال وادفع إلى الموصى له الأول يبقي من الثلث ستة، أعط سهمين للموصى له الثاني يبقي أربعة ضمها ثلثى المال وهو ثمانية وعشرون يكون اثنان وثلاثون إذا قسمتها بين ابنين، كل واحد منهما ستة عشر مثل ما اعطينا بنصيب الكامل ومتى قسمت بين أربعة بنين أصاب كل واحد ثمانية مثل ما استرجعنا.[1]

وتخريجها بطريق الحشو: أن تأخذ عدد الابنين، وهما اثنان، وزد عليهما واحدا لمكان الوصية، فيكون ثلاثة، أعط للموصى له واحد، يبقى سهمان، فاقسمها بين أربعة بنين لمعرفة المسترجع، وقسمة اثنين على أربعة لا تستقيم بل ينكسر بالإنصاف، فاضرب أصل الحساب، وذلك ثلاثة في مخرج الكسر، وهو اثنان، فيصير ستة للموصى له اثنان؛ لأنا ضربنا أصل الحساب في اثنين، فصار سهمه اثنين، يبقى أربعة، متى قسمت بين ابنين أصاب كل واحد منهما اثنان.

ولو قسمت بين أربعة بنين، أصاب كل واحد منهم سهم، فظهر أن المسترجع سهم،

---

(١) سقطت العبارة من قوله: "وهو المسترجع" إلى قوله: "مثل ما سترجعنا" من (ج) و (د).

فاطرح ذلك عن نصيب الورثة، يبقى في يد الورثة ثلاثة، وفي يد الموصى له اثنان، فيصير المال خمسة، النصيب الكامل خمسا المال، والمسترجع نصف النصيب الكامل، وحاصل الوصية واحد، ثم لمكان الوصية الحاصلة، وذلك سهم واحد يبقى أربعة عشر، فهو ثلث المال، والثلثان ضعفه، وكل المال اثنان وأربعون، فخذ النصيب الكامل في الوصية الأولى، وذلك اثنان، واضربه في ثلاثة كما ضربت أصل المال، وذلك خمسة في ثلاثة، فيكون ستة، ثم اضرب ستة في ثلاثة كما ضربت أربعة عشر في ثلاثة، فيصير ثمانية عشر، ثم اطرح ما أخذت في الابتداء، وذلك سهمان، يبقى ستة عشر، هو النصيب الكامل.

ثم استرجع بالاستثناء مثل نصفه، وذلك ثمانية، يبقى ثمانية، فهو حاصل الوصية، فخذ ثلث المال، وذلك أربعة عشر، وأعط بالوصية الحاصلة ثمانية، يبقى ستة، أعط للموصى له الثاني ثلثها، وذلك اثنان، يبقى أربعة ضمّها إلى ثلثي المال، وهو ثمانية وعشرون، فيصير اثنين وثلاثين مقسوما بين الابنين، لكل واحد منهما ستة عشر مثل ما أعطينا بالنصيب الكامل، ولو قسمتها بين أربعة بنين، كان لكل ابن ثمانية مثل ما استرجعنا و محمد رحمه الله خرّجه[1] من أحد وعشرين على التضعيف من هذا الموافقة بين الأجزاء في النصف.

وتخريجها بطريق الجبر والمقابلة: أن تأخذ ثلث مال، وتعطي بالوصية شيئا، بقي معنا ثلث مال إلا شيء، استرجع بالاستثناء نصف شيء لعلمنا أن نصيب الابن الرابع يكون نصف نصيب أحد الابنين، فصار معنا ثلث مال إلا نصف شيء، وترفع بالوصية

(١) من قوله: "ولو قسمتها" إلى قوله: "خرّجه محمد" ساقط من (ج) و (د).

الثانية ثلث ما بقي من الثلث، وهو تسع المال إلا سدس شيء، لأن الثلث إذا كان منقوصا بنصف شيء، كان كل ثلث من الثلث منقوصا بسدس شيء[1]، بقي ثلثا الثلث، وهو تسعا المال إلا ثلث شيء، يضمّ هذا إلى ثلثي المال فيصير معنا ثمانية أتساع مال إلا ثلث شيء، وأنه يعدل شيئين؛ لأنا أعطينا بالنصيب الكامل شيئا ينبغي أن يكون لكل ابن شيء، إلا أنه ناقص بثلث شيء، فزد عليه ثلث شيء، وإذا زدت عليه ثلث شيء، زد فيما يعدله ثلث شيء، فيصير ثمانية أتساع مال يعدل شيئين وثلث شيء، غير أن المال ناقص بالتسع، فزد عليه ثمنه حتى يتم المال، وإذا زدت في المال ذلك، زد فيما يعدله، وهو شيأن وثلث شيء ثمنه انكسر الحساب بالأثمان والإتلاف[2]، فاضرب أحد المخرجين في الآخر، فيصير أربعة وعشرين، ثم اضرب شيئين، وثلث شيء في أربعة وعشرين، فيكون ستة وخمسين، هذا هو المال، والنصيب الكامل أربعة وعشرون.

وطريق الدنيار والدرهم: أن نجعل ثلث المال دينارين وثلاثة دراهم، لحاجتنا إلى أن نعطي بالنصيب شيئا له نصف، وأن يكون لما يبقى من الثلث ثلث، ثم يعطى بالنصيب أربعة دنا ـر، ديناران من الثلث، وديناران قرض عليك تؤديها من الثلث، واسترجعنا من النصيب نصفه، وهو ديناران، ويعطى بالوصية الثانية ثلث ما بقي من الثلث، وذلك درهم، يبقى درهمان يضمهما مع المسترجع إلى ثلثي المال، فيصير ستة دنانير[3] وثمانية دراهم، وحاجتنا إلى ثمانية دنانير؛ لأنا أعطينا بالنصيب أربعة دنانير، فالستة قصاص

---

(١) "شيء" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "الإتلاف" ساقط من (ج) و (د).

(٣) من قوله: "درهم" إلى قوله: "ستة دنانير" ساقط من (ج) و (د).

بستة، يبقى ثمانية دراهم تعدل دينارين، فأقلب الفضة، واجعل أجزاء الدنانير أجزاء الدراهم، وأجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، كل دينار بمعنى أربعة دراهم، وكل درهم بمعنى اثنين، وقد كنا جعلنا ثلث المال دينارين، وذلك ثمانية دراهم وثلاثة دراهم، وهو بمعنى ستة دراهم، فكان ثلث المال أربعة عشر، والنصيب[1] الكامل كان أربعة دنانير، وذلك ستة عشر، والمسترجع نصفه، وذلك ثمانية، والتخريج إلى آخره.

ولو قال: إلا نصيب ابن خامس لو كان، والمسئلة بحالها.

فالتخريج على طريق بعض المشايخ: أن تأخذ مالا يمكن قسمته بين اثنين وبين خمسة، وذلك عشرة، وتزيد عليه تفاوت ما بين القسمتين، وذلك ثلاثة، فيصير ثلاثة عشر، ثم تضرب في ثلاثة، فيكون تسعة وثلاثين، ثم تطرح تفاوت ما بين القسمتين الذي زدناها، يبقي ستة وثلاثون هو ثلث المال.

حاصل الوصية أن ناخذ تفاوت ما بين القسمتين[2]، وذلك ثلاثة، وتضربه في ثلاثة ثم في ثلاثة، فيكون سبعة وعشرين، ثم تطرح تفاوت ما بين القسمتين التي زدناها، يبقى أربعة وعشرون، متى رفعت هذا عن ثلث المال يبقى من الثلث اثني عشر، أعط للموصى له الثاني أربعة، يبقى ثمانية تضمّها إلى ثلثي المال، وذلك اثنان وسبعون، فيصير ثمانين إذا قسمته بين ابنين أصاب كل ابن أربعون، فهو النصيب الكامل، والمسترجع ستة عشر، وذلك خمسا النصيب الكامل، والتخريج إلى آخره.

وطريقة الحشو: أن تقول أوصى بوصيتين، فلابدّ من معرفة مخرج الأولى حتى تبنى

---

(١) وفي نسخه (ج) و (د): " الثلث " بدل النصيب.

(٢) سقطت العبارة من قوله: " الذي زدناها " إلى قوله: " ما بين القسمتين ". من (ج) و (د).

عليها الثانية، وطريق ذلك أن تجعل المال سهمين على عدد الابنين، وتزيد عليه واحدا، لمكان الوصية بمثل أحدهما فيصير ثلاثة، ثم اقسم ما في يد الابنين على خمسة لمعرفة المسترجع، وقسمة سهمين على خمسة لاتستقيم، فاضرب أصل المال، وذلك ثلاثة في مخرج الخمس، فيكون خمسة عشر، كان للابنين سهمان، فصار عشرة، وكان للموصى له سهم واحد فصار خمسة، إذا قسمنا ما للورثة، وذلك عشرة على خمسة، يكون للإبن الخامس سهمان، فاطرح ذلك عن نصيب الورثه؛ لأن ذلك يعود إليهما بالاستثناء، يبقي لهما ثمانية، والنصيب الكامل خمسة، والمسترجع سهمان، وهو خمسا النصيب الكامل، وحاصل الوصية ثلاثة، فيكون ثلاثة عشر، فهو مخرج الوصية الأولى، فتضرب هذا في مخرج الوصية الثانية، وذلك ثلاثة يكون تسعة وثلاثين، ثم اطرح حاصل الوصية، وذلك ثلاثة، يبقى ستة وثلاثون، فهو ثلث المال.

ومعرفة النصيب الكامل: خذ النصيب الكامل، وذلك خمسة، واضربه في ثلاثة [ثم في ثلاثة][(1)]، فيكون خمسة وأربعين، ثم اطرح ما أخذت، وذلك خمسة، يبقى أربعون، هو النصيب الكامل.

ومعرفة المسترجع: خذ المسترجع، وذلك اثنان، واضربه في [ثلاثة ثم في ثلاثة][(2)] ثم في ثلاثة، فيكون ثمانية عشر، ثم اطرح سهمين، يبقى ستة عشر، فهي خمسا النصيب الكامل، يبقى حاصل الوصية أربعة وعشرون ارفع من ثلث المال، وذلك ستة وثلاثون أربعة وعشرين، يبقى من الثلث اثني عشر، أعط بالوصية الثانية أربعة، يبقى ثمانية ضمّها

---

(١) ما بين المعكوفتين: زياده في (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين: زيادة في (ج) و (د).

إلى ثلثي المال، وهو اثنان وسبعون، فيكون ثمانين، إذا قسمنا بين اثنين، كان لكل ابن اربعون مثل ما اعطينا بالنصيب الكامل، ولو قسمنا بين[1] خمسة بنين، كان لكل ابن ستة عشر مثل ما استرجعنا.

وطريق الدينار والدرهم: أن تجعل ثلث المال ثلاثة دنانير وثلاثة دراهم، أعط بالنصيب خمسة دنانير، ثلاثة دنانير من ثلث المال، وديناران قرض عليك، واسترجع بالاستثناء دينارين، لعلمنا أن المسترجع من النصيب الكامل قدر خمسيه، وأعط بالوصية الثانية ثلث ما بقي من الثلث قبل الاسترجاع، وذلك دراهم واحد، يبقى درهمان، وما استرجعنا من النصيب الكامل، وذلك ديناران، نضمّ هذا إلى ثلثي المال، وذلك ستة دنانير وستة دراهم، وحاجتنا إلى عشرة دنانير، لأنا أعطينا بالنصيب الكامل [خمسة دنانير][2]، فينبغي أن يكون للابنين عشرة دنانير، ومعنا ستة دنانير، فيصير قصاصا بستة، يبقى ثمانية دنانير، تعدل أربعة دنانير، فأقلب الفضة، واجعل أجزاء الدنانير أجزاء الدراهم، وأجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، كل دينار بمعنى ثمانية، وكل درهم بمعنى أربعة، وقد كنا جعلنا ثلث المال في الابتداء، ثلاثة دنانير، وثلاثة دراهم، كل دينار بمعنى ثمانية، وكل درهم بمعنى أربعة، فيكون ستة وثلاثين، والتخريج إلى آخره.

وطريق الجبر والمقابلة: أن تأخذ مالا، وتجعله نصيبين؛ لأنهما ابنان، وترفع من ذلك نصيا، ثم تسترجع منه خمسي نصيب، لأنا جعلنا المال نصيبين.

ولو كان البنون خمسة، كان النصيبان بينهم أخماسا، لكل واحد خمسا نصيب،

---

(١) العبارة من قوله: "اثنين كان لكل" إلى قوله: "ولو قسمنا بين" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين: زيادة في (ج) و (د).

فظهر أن المسترجع خمسا النصيب، فكانت الوصية ثلاثة أخماس نصيب، فتستقبل الحساب، وتأخذ ثلث المال، وتدفع إلى الموصى له ثلاثة أخماس نصيب، وتدفع بالوصية الثانية تسع مال إلا خمس نصيب؛ لأن ثلث المال إذا كان منقوصا بثلاثة أخماس نصيب كان كل تسع منقوصا بخمس نصيب، بقي من الثلث تسعا مال إلا خمس نصيب نضمّه إلى ثلثي المال، فيصير ثمانية أتساع مال إلا خمسي نصيب يعدل نصيبين، إلا ان ثمانية الأتساع ناقصة بخمسي نصيب، فاجبر النقصان بخمسي النقصان، [1] وزد فيما يعدله، وذلك نصيبان أيضا خمسى نصيب، وصار ثمانية اتساع مال يعدل نصيبين و خمسى نصيب[2]، إلا أن المال ناقص بتسع فاجبره بأن تزيد عليه ثمنه، وإذا زدت عليه ثمنه زد فيما يعدله، وذلك نصيبان وخمسا نصيب ثمنه، فانكسر الحساب بالأثمان والاخماس، فاضرب خمسة في ثمانية فيصير أربعين. ثم اضرب نصيبين وخمسي نصيب في أربعين، فيصير ستة وتسعين، ثم زد عليه مثل ثمنه، وذلك اثنا عشر، فيصير مائة وثمانية.

هذا هو المال، وثلث المال ستة وثلاثون، والنصيب الكامل أربعون؛ لأنا ضربنا كل نصيب في أربعين، فكان النصيب أربعين، والمسترجع خمسا النصيب، وذلك ستة عشر، وحاصل الوصية أربعة وعشرون، إذا رفعنا أربعة وعشرين من ثلث المال، يبقى اثنا عشر، ترفع بالوصية الثانية أربعة[3]، يبقى ثمانية نضمّها إلى ثلثي المال، فيصير ثمانين، وتمّ التخريج.

---

(١) في الأصل: بخمسى النقصان، وفي (الف) بخمسى النصيب كما في (ج).

(٢) من قوله: "أيضا خمسى" إلى قوله "خمسى نصيب" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "أربعة" ساقط من (ج) و (د).

ولو قال: إلا نصيب ابن سادس، والمسئلة بحالها، فعلى طريقة [المشايخ][1] تأخذ مالا يمكن قسمته بين ابنين وستة، وذلك ستة، وتزيد عليها تفاوت ما بين القسمتين، وذلك اثنان، فيكون ثمانية، ثم تضرب في ثلاثة لأجل الثلث، ثم تطرح ما زدنا، وذلك سهمان، يبقى اثنان وعشرون، فهو ثلث المال.

ومعرفة حاصل الوصية: أن تأخذ تفاوت ما بين القسمتين، وهو اثنان، وتضرب في ثلاثة ثم في ثلاثة، فيكون ثمانية عشر، ثم تطرح ما أخذنا، يبقى ستة عشر، فهو حاصل الوصية، والتخريج إلى آخره.

وتخريجها على طريقة الحشو: أن تجعل المال سهمين، ثم تزيد واحدا لأجل الوصية بالنصيب، وتقسم ما في يد الابنين على ستة لمعرفة نصيب السادس، ويصير كل المال أيضا مقسوما على ستة، وقسمة ثلاثة على ستة لا يستقيم، فضربنا أصل المال، وهو ثلاثة في مخرج الكسر، وهو النصف، فضربنا ثلاثة في ثلاثة، فصار تسعة، للموصى له ثلاثة وللورثة ستة، ثم تطرح نصيب الابن السادس مما في يد الورثة، فيبقى لهما خمسة، فيصير كل المال ثمانية، أعط بالنصيب الكامل ثلاثة، واسترجع نصيب الابن السادس، وهو واحد، وتضمّه إلى ما في يد الورثة، فيصير ستة لو قسمنا بين ستة بنين، كان لكل واحد منهم سهم مثل ما استرجعنا، ولو قسمنا بين ابنين كان لكل ابن ثلاثة[2] مثل ما أعطينا بالنصيب.

فإذا عرف أن مخرج الوصية الأولى ثمانية، وظهر أن المسترجع ثلث النصيب

---

(١) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د).

(٢) قوله: "مثل ما استرجعنا، ولو قسمنا بين ابنين كان لكل ابن ثلاثة" ساقط من (ج) و (د).

الكامل، وحاصل الوصية ثلثا النصيب الكامل، بقيت الوصية الثانية، اضرب ثمانية في مخرج الوصية الثانية، وهو ثلاثة، فيصير أربعة وعشرين، ثم اطرح منه مثل الوصية الحاصلة، وذلك اثنان، يبقى اثنان وعشرون، فهو ثلث المال، وكل المال ستة وستون.

فعُد الى أصل الحساب، وخذ النصيب الكامل من الوصية الأولى، وذلك ثلاثة، واضربه في ثلاثة، فيكون تسعة، ثم في ثلاثة فيكون سبعة وعشرين، ثم اطرح ما أخذت أولا، وذلك ثلاثة، يبقى أربعة وعشرون، فهو النصيب الكامل، استرجع منه مثل ثلثه، وذلك ثمانية، يبقى ستة عشر هو الوصية الحاصلة، إذا رفَعتَ حاصل الوصية من ثلث المال، وذلك اثنان وعشرون، يبقى ستة، أعط بالوصية الثانية سهمين، يبقى أربعة تضمّها إلى ثلثي المال، وهو أربعة وأربعون، فيصير ثمانية وأربعين، إذا قسمتها بين ابنين أصاب كل واحد منهما أربعة وعشرون، مثل ما أعطينا بالنصيب.

ولو قسمنا بين ستة بنين، أصاب كل واحد منهم ثمانية، مثل ما استرجعنا.

ومحمد خرجها من ثلاثة وثلاثين بطريق الاختصار، لموافقة بين الأجزاء في النصف.

وطريقة الدينار والدرهم: أن تجعل ثلث المال أربعة دنانير وثلاثة دراهم، أعط بالنصيب ستة دنانير، أربعة من الثلث، وديناران قرض عليك، وأعط بالوصية الثانية ثلث ما بقي من الثلث، وهو درهم واحد، واسترجع بالاستثناء ثلث النصيب، وذلك ديناران، فصار في يدك ديناران ودرهمان، تضمّ هذا إلى ثلثي المال، وذلك ستة دراهم، وثمانية دنانير، فيصير ثمانية دراهم وعشرة دنانير، وأنه يعدل اثني عشر دينارا، لأنا أعطينا بالنصيب ستة دنانير، ينبغي أن يكون لكل ابن مثل ذلك، فالعشرة الدنانير قصاص بمثلها،

يبقى ثمانية دراهم تعدل دينارين، فأقلب الفضة، واجعل أجزاء الدنانير أجزاء الدراهم، وأجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، كل دينار بمعنى أربعة، وكل درهم بمعنى اثنين.

وقد كنا جعلنا المال أربعة دنانير وثلاثة دراهم، كل دينار بمعنى أربعة، وكل درهم بمعنى درهمين، فذلك اثنان وعشرون، رفعنا بالنصيب ستة دنانير، واسترجعنا دينارين، بقي حاصل الوصية أربعة دنانير، وذلك ستة عشر درهما، رفعنا ستة عشر درهمامن الثلث، بقي من الثلث ستة دراهم، رفعنا بالوصية الثانية درهمين، بقي معنا أربعة دراهم، ضممناها إلى ثلثي المال، وذلك ستة دراهم وثمانية دنانير، كل دينار بمعنى أربعة، وكل درهم بمعنى درهمين، فذلك أربعة وأربعون، فإذا ضممنا أربعة دراهم من الثلث يصير معنا ثمانية وأربعون لو قسمنا بين ابنين يكون لكل ابن أربعة وعشرون درهما تعدل ستة دنانير مثل ما أعطينا بالنصيب.

ولو قسمنا بين ستة بنين أصاب كل ابن ثمانية دراهم تعدل دينارين مثل ما استرجعنا.

والتخريج بطريق الجبر والمقابلة: أن تجعل المال نصيبين، وتدفع بالوصية نصيبا، وتسترجع ثلث نصيب لأنا جعلنا المال نصيبين.

ولو كان البنون ستة، كان النصيبان بينهم أسداسا، لكل واحد منهم سدسا نصيب، وهو ثلث نصيب واحد، فعرفنا أن المسترجع ثلث النصيب، والوصية الحاصلة ثلثا نصيب، فتأخذ ثلث المال، وتدفع بالوصية الأولى ثلثي نصيب، فصار الثلث ناقصا بثلثي نصيب مال، وهو ستة أتساع نصيب، ادفع بالوصية الثانية ثلث الثلث[1]، وهو تسع مال إلا تسعا

---

(١) كذا في الأصل، وجاء في (ج) و (د): "مال إلا أربعة أتساع" بدل قوله: "ثلث الثلث" وما ثبت

نصيب، بقي معنا من الثلث تسعا مال إلا أربعة أتساع نصيب، نضمّه إلى ثلثي المال، فصار معنا ثمانية أتساع مال إلا أربعة أتساع نصيب، وإنها تعدل نصيبين، غير أنه ناقص بأربعة أتساع نصيب، فاجبر ثمانية أتساع المال بأربعة أتساع نصيب[1].

وزد فيما يعدله مثل ذلك، فصار معنا ثمانية أتساع مال يعدل نصيبين وأربعة أتساع نصيب، غير أن المال ناقص بتسع، فاجبره بأن تزيد عليه مثل ثمنه، وزد فيما يعدله مثل ذلك، ونصيبان وأربعة أتساع نصيب يكون اثنين وعشرين، زدنا مثل ثمنه، وذلك سهمان وثلاثة أرباع سهم، فيصير أربعة وعشرين، وثلاثة أرباع سهم انكسر بالأرباع، فاضرب أربعة وعشرين وثلاثة أرباع سهم في أربعة، يكون تسعة وتسعون، خذ ثلث المال، وهو ثلاثة وثلاثون، وأعط بالنصيب تسعة مضروبة في أربعة، يكون ستة وثلاثين.

استرجع بالاستثناء ثلث النصيب اثني عشر، وسلم له ثلثا النصيب أربعة وعشرون، فكانت الوصية الحاصلة أربعة وعشرين، رفعنا ذلك من ثلث المال، وهو ثلاثة وثلاثون، بقي من الثلث تسعة عشر، أعطينا بالوصية الثانية ثلاثة، بقي ستة، ضممناها إلى ثلثي المال، وذلك ستة وستون، يصير اثنين وسبعين إذا قسمنا بين ستة بنين أصاب كل ابن اثنا عشر مثل ما استرجعنا.

ولو قال: إلا نصيب ابن سابع، والمسألة بحالها، فعلى طريق بعض المشايخ تأخذ أربعة عشر، وتزيد عليه خمسة تفاوت ما بين القسمتين، وتضرب ذلك في ثلاثة، ثم تطرح ما أخذنا، وذلك خمسة يبقى اثنان وخمسون، فهو ثلث المال.

في الأصل أنسب للمعنى.

(١) قوله: "فانها تعدل" إلى قوله: "اتساع نصيب" ساقط من (ج) و (د).

ومعرفة حاصل الوصية، أن تأخذ خمسة تفاوت ما بين القسمتين، وتضرب في ثلاثة ثم في ثلاثة، ثم تطرح خمسة، يبقى أربعون، والتخريج إلى آخره.

وأما التخريج بطريقة الحشو: أن تجعل المال سهمين لمكان الابنين، وتزيد عليه سهما لمكان الوصية، ثم تقسم ما في يد الابنين على سبعة لمعرفة نصيب الابن السابع، وقسمة سهمين على سبعة لا يستقيم، فاضرب أصل المسألة، وذلك ثلاثة في مخرج السبع، يكون أحدا وعشرين، وكان نصيب الموصى له سهما، فصار سبعة، وصار نصيب الابنين أربعة عشر، لو قسمنا أربعة عشر على سبعة بنين كان نصيب كل ابن سهمين.

فظهر أن المسترجع سهمان، اطرح ذلك من نصيب الورثة، ، يبقى في يد الورثة اثني عشر، وفي يد الموصى له سبعة، والكل تسعة عشر، أعط للموصى له بالنصيب سبعة، واسترجع سبعي النصيب، وذلك سهمان، وضمّ ذلك إلى ما في يد الورثة، فيصير في يدهم أربعة عشر، إذا قسمنا بين ابنين نصيب كل واحد منهما سبعة مثل ما أعطينا بالنصيب.

ولو قسمنا بين سبعة بنين، أصاب كل واحد منهم سهمان مثل ما استرجعنا، فعرفنا أن مخرج الوصية الأولى من تسعي عشر النصيب الكامل سبعة، والمسترجع سبعا النصيب، والوصية الحاصلة خمسة، فإذا ضمّ إليها الوصية الثانية اضرب مخرج الوصية الأولى في مخرج الوصية الثانية، وذلك ثلاثة، فيكون سبعة وخمسين، ثم اطرح من ذلك حاصل الوصية، وذلك خمسة، يبقى اثنان وخمسون، هذا هو[1] ثلث المال، وكل المال مائة وستة وخمسون.

---

(١) "هو" ساقط من (ج) و (د).

إذا عرف المال خذ النصيب الكامل في المسألة الأولى، وذلك سبعة، وأضربه في ثلاثة يكون احدا عشرين، ثم اضربه في ثلاثة يصير ثلاثة وستين، واطرح ما أخذت للنصب الكامل، وذلك سبعة، يبقى ستة وخمسون، فهو النصيب الكامل، استرجع منه سبعيه ستة عشر، كل سبع ثمانية، يبقى خمسة أسباع النصيب، وذلك أربعون، فهو حاصل الوصية.

إذا عرفت حاصل الوصية خذ ثلث المال، وذلك اثنان وخمسون، وارفع منه حاصل الوصية أربعين، يبقى من الثلث اثني عشر، ثم ادفع بالوصية ثلث ما بقي، وذلك أربعة، يبقى ثمانية، ضمّها إلى ثلثي المال، وذلك مائة وأربعة، يصير مائة واثني عشر، إذا قسمت بين ابنين أصاب كل ابن ستة وخمسون مثل ما أعطينا بالنصيب.

ولو قسمنا بين سبعة بنين أصاب كل ابن ستة عشر مثل ما استرجعنا. إلا أن محمدا رحمه الله خرّجها بطريق الاختصار من ربع ما قلنا، وذلك تسعة وثلاثون لموافقة بين الأجزاء في الربع.

وأما التخريج بطريقة الدينار والدرهم: أن يجعل ثلث المال خمسة دنانير وثلاثة دراهم، وأعط بالنصيب سبعة دنانير، واسترجع سبعي النصيب، وذلك ديناران، لأنا نعلم أن نصيب الابن السابع يكون سبعي نصيب أُحد[1] الابنين، وادفع درهما بالوصية بثلث ما بقي من الثلث، بقي من الثلث[2] درهمان، ضمّهما مع الدينارين إلى ثلثي المال، وذلك عشرة دنانير، وستة دراهم، فيصير اثني عشر دينارا وثمانية دراهم، وحاجتنا إلى أربعة

---

(١) "احد" ساقط من (ج) و (د).

(٢) وجاء في(ج) و (د): "بقدر الثلث" وهو خطأ.

عشر دينارا، لأنا أعطينا بالنصيب سبعة دنانير، ينبغي أن يكون لكل واحد من الابنين مثل ذلك، فاتنا عشر دينارا يصير قصاصا بمثلها.

بقي ثمانية دراهم تعدل دينارين، فأقلب الفضة، واجعل أجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، وأجزاء الدنانير أجزاء الدراهم، كل دينار بمعنى أربعة دراهم، وكل درهم بمعنى درهمين، وقد كنا جعلنا ثلث المال ثلثة دراهم وخمسة دنانير، كل دينار بمعنى اربعة، وكل درهم بمعنى درهمين[1] فكان ثلث المال ستة وعشرين، وكل المال ثمانية، وسبعين، وأعطينا بالنصيب سبعة دنانير يعدل ثمانية عشرين درهم[2] واسترجعنا دينارين يعدلان ثمانية دراهم.

بقي حاصل الوصية خمسة دنانير يعدل عشرين درهما، فإذا عرف حاصل الوصية ارفع ذلك من ثلث المال، وهو ستة وعشرون درهما، يبقى من الثلث ستة دراهم، دفعنا ثلث ذلك إلى الموصى له الثاني، بقي من الثلث أربعة نضمّها إلى ثلثي المال، وذلك اثنان وخمسون، فيصير ستة وخمسين لو قسمت بين ابنين أصاب كل ابن ثمانية وعشرون مثل ما أعطينا بالنصيب، ولو قسمنا بين سبعة بنين أصاب كل ابن ثمانية مثل ما استرجعنا.

وطريق الجبر والمقابلة: أن يجعل المال نصيبين، وتقسم ذلك على سبعة لمعرفة المسترجع، فيكون أربعة عشر، ويصير كل نصيب سبعة، ولو قسمت أربعة عشر بين سبعة بنين أصاب كل ابن سهمان، وذلك سبعا النصيب، فإذا عرفت أن حاصل الوصية خمسة أسباع نصيب استقبل الحساب، وخذ ثلث المال، وأعط منه خمسة أسباع نصيب، يبقى

---

(١) العبارة من قوله: "وقد كنا جعلنا ثلث" إلى قوله: "بمعنى درهمين" ساقط من (ج) و (د).

(٢) العبارة من قوله: "وسبعين" إلى قوله: "عشرين درهم" ساقط من (ج) و (د). .

ثلث مال إلا خمسة أسباع نصيب، ويكون كل سُبع من المال منقوصا بسبع نصيب، وثلثي سبع نصيب، ثم أعط بالوصية الثانية ثلث ما بقي من الثلث، وذلك تسع مال إلا سبع نصيب، وثلثي سبع نصيب، يبقى من الثلث تسعا مال إلا ثلاثة أسباع نصيب، وثلث سبع نصيب، تضمّه إلى ثلثي المال، وهو ستة أتساع المال، فصار معنا ثمانية أتساع مال إلا ثلاثة أسباع نصيب، وثلث سبع نصيب، وأنه يعدل نصيبين، إلا أنه ناقص بثلاثة أسباع نصيب، وثلث سبع نصيب، فاجبر النقصان بزيادة ذلك القدر.

وإذا زدت ذلك في ثمانية أتساع المال، زد فيما يعدله، وهو نصيبان مثل ذلك، فيصير ثمانية أتساع مال يعدل نصيبين وثلاثة أسباع نصيب، وثلث سبع نصيب، غير أن المال ناقص بالتسع، فزد عليه مثل ثمنه حتى يتمّ، وزد فيما يعدله أيضا ثمنه، وليس للنصيبين وثلاثة أسباع نصيب، وثلث سبع نصيب[1] ثمن، فابسط الأجزاء، واجعل كل نصيب احدا وعشرين جزءا ليكون له سبع، ولسبعه ثلث، فإذا صار النصيب الواحد إحدى وعشرين، كان النصيبان اثنين وأربعين جزءا، وثلاثة أسباع نصيب، وثلث سبع نصيب عشرة أجزاء، فيكون الكل اثنين وخمسين، وزد عليه ثمنه، وذلك ستة ونصف، فصار الكل ثمانية وخمسين ونصف، وانكسر بالإنصاف فضعف، فيصير مائة وسبعة عشر، وصار كل نصيب اثنين وأربعين، فخذ الثلث، وذلك تسعة وثلاثون.

وارفع منه حاصل الوصية، وهو خمسة أسباع النصيب، وذلك ثلاثون، يبقى من الثلث تسعة، ارفع ثلث ذلك بالوصية الثانية، يبقى ستة، ضمّها إلى ثلثي المال، وذلك ثمانية وسبعون، فيصير الكل أربعة وثمانين، إذا قسمنا بين ابنين يكون لكل ابن اثنان

---

(١) "نصيب" ساقط من (ج) و (د).

وأربعون مثل ما أعطينا بالنصيب.

ولو قسمنا بين سبعة بنين، أصاب كل ابن اثني عشر سبعا النصيب الكامل فاستقام التخريج.

ومحمد رحمه الله خرّجها من تسعة وثلاثين، وهو ثلاث مائة وسبعة عشر لموافقة بين الأجزاء في الثلث.

ولو قال: "إلا نصيب ابن ثامن"، والمسألة بحالها، فعلى طريق بعض المشايخ تخرج من مائة وثمانين تأخذ ستة عشر، وتزيد عليه تفاوت ما بين القسمتين، وذلك ستة، وتضربه في ثلاثة، يكون ستة وستين، ثم اطرح تفاوت ما بين القسمتين، وذلك ستة، يبقى ستون هو ثلث المال.

وطريق معرفة حاصل الوصية: أن تأخذ تفاوت ما بين القسمتين، وذلك ستة، وتضربه في ثلاثة، ثم في ثلاثة، فيكون أربعة وخمسين، ثم تطرح ما أخذناه، وذلك ستة، يبقى ثمانية وأربعون، إذا رفعنا ذلك من ستين يبقى اثنا عشر، ندفع بالوصية الثانية أربعة، وتضمّ ثمانية إلى ثلثي المال، وذلك مائة وعشرون، يصير مائة وثمانية وعشرين لو قسمنا بين ابنين أصاب كل ابن أربعة وستين، ولو قسمنا بين ثمانية، أصاب كل بن ستة عشر مثل ما استرجعنا.

والتخريج بطريقة الحشو: أن تأخذ اثنين لأجل الابنين، وتزيد عليه واحد لمكان الوصية، ثم تقسم ما في يد الابنين، وهو اثنان على ثمانية لمعرفة المسترجع، وذلك لا يستقيم، كان ينبغي أن تضرب اثنين في ثمانية، لكن لمكان الاختصار والموافقة في الربع والنصف، ضربنا أصل المسألة، وهو ثلاثة في أربعة، فصار الابنان ثمانية، وسهم الوصية

أربعة، والكل اثنا عشر.

اطرح عما في يد الورثة سهما واحدا، بقي الكل أحد عشر، أعط للموصى له أربعة، واسترجع سهما، وضمّ هذا السهم إلى ما في يد الورثة، فيصير في يدهم ثمانية، لو قسمناها بين ابنين أصاب كل ابن اربعة مثل ما أعطينا بالنصيب، ولو قسمناها بين ثمانية[1] أصاب كل ابن سهم واحد مثل ما استرجعنا.

إذا عرف أنه لو لم يكن هنا الوصية الثانية، كان مخرج الوصية الأولى من أحد عشر، فإذا ضمّ إليها الوصية الثانية ضرب مخرج الوصية الأولى في مخرج الوصية الثانية، وذلك ثلاثة، يصير ثلاثة وثلاثين، اطرح حاصل الوصية في المسألة الأولى، وذلك أربعة، واضربه في ثلاثة، يصير ستة وثلاثين، ثم اطرح ما أخذت للنصيب الكامل، و ذلك اربعة[2]، يبقى اثنان وثلاثون، فهو النصيب الكامل.

استرجع بالاستثناء ربعه ثمانية، يبقى أربعة وعشرون، فهو حاصل الوصية، إذا رفعنا ذلك من ثلث المال يبقى ستة، ندفع بالوصية الثانية سهمين، يبقى أربعة نضمّها إلى ثلثي المال، صار أربعة وستين، إذا قسمنا بين ابنين أصاب كل ابن اثنان وثلاثون، مثل ما أعطينا بالنصيب. ولو قسمنا بين ثمانية بنين، أصاب كل ابن ثمانية، مثل ما استرجعنا.

ومحمد رحمه الله خرّجها من خمسة وأربعين، لموافقة الأجزاء في النصف.

وأما طريق الدينار والدرهم: أن نجعل ثلث المال ستة دنانير وثلاثة دراهم،

(١) من قوله: "لو قسمناها" إلى قوله: "بين ثمانية" ساقط من (ج) و (د).

(٢) سقط قوله: "وذلك اربعة" في (ج) و (د).

وتجعل النصيب ثمانية دنانير، ونسترجع دينارين لعلمنا أن المسترجع ربع النصيب الكامل، وندفع بالوصية الثانية درهما، يبقى معنا من الثلث درهمان، نضمهما مع المسترجع إلى ثلثي المال، وهو ستة دراهم واثنا عشر دينارا، فيصير معنا ثمانية دراهم وأربعة عشر دينارا، وحاجتنا إلى ستة عشر دينارا؛ لأنا أعطينا بالنصيب ثمانية دنانير، ينبغي أن يكون للابنين ضعف ذلك، فأربعة عشر دينارا قصاص بمثلها، يبقى ثمانية دراهم تعدل دينارين، فأقلب الفضة، واجعل أجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، وأجزاء الدنانير أجزاء الدراهم، كل دينار بمعنى أربعة دراهم، وكل درهم بمعنى درهمين، بلغ ذلك ثلاثين.

ومعرفة النصيب: أعطينا بالنصيب ثمانية دنانير، كل دينار بمعنى أربعة، فهو اثنان وثلاثون، ومعرفة حاصل الوصية أنا استرجعنا من النصيب الكامل دينارين، بقي ستة دنانير، كل دينار أربعة، فذلك أربعة وعشرون، فهو حاصل الوصية، فنأخذ ثلث المال، ونرفع منه حاصل الوصية أربعة وعشرين، بقي من الثلث ستة، أعطينا بالوصية الثانية سهمين، بقي أربعة، ضممناها إلى ثلثي المال، فيصير أربعة وستين، لو قسمنا بين ابنين أصاب كل ابن اثنان وثلاثون، ولو قسمنا بين ثمانية، أصاب كل ابن ثمانية، فاستقام التخريج.

والتخريج بطريق الجبر والمقابلة: أن نجعل المال نصيبين لأجل الوصية، وندفع نصيبا، ونسترجع منه نصيب ابن ثامن.

ولو كان البنون ثمانية، كان النصيبان بينهم أثمانا، لكل واحد منهم ربع نصيب فنسترجع ربع نصيب، بقي للوصية ثلاثة أرباع نصيب، فنستقبل الحساب، ونأخذ ثلث المال، وترفع منه حاصل الوصية، وذلك ثلاثة أرباع نصيب، بقي ثلث مال إلا ثلاثة أرباع

نصيب، ندفع بالوصية الثانية ثلث ما بقي، وهو تسع مال إلا ربع نصيب، فبقي من الثلث تسعا مال إلا نصف نصيب، نضمّه إلى ثلثي المال، فيصير معنا ثمانية أتساع مال إلا نصف نصيب يعدل نصيبين، غير أن المال ناقص بنصف نصيب، فزد عليه نصف نصيب، وزد فيما يعدله مثل ذلك، فصار معنا ثمانية أتساع مال يعدل نصيبين ونصف، إلا أن المال ناقص بالتسع، فزد عليه ثمنه ليكمل المال، وزد فيما يعدله ثمنه.

وطريق ذلك: أن نضرب نصيبين ونصف في ثمانية، فيصير عشرين، زدنا عليه ثمنه، وهو سهمان ونصف، فصار المال الكامل اثنين وعشرين، ونصف انكسر بالإنصاف، فضعف، فصار خمسة وأربعين، وكان النصيب قبل التضعيف ثمانية، فصار بعد التضعيف ستة عشر، أخذنا ثلث المال، وهو خمسة عشر، ورفعنا بحاصل الوصية ثلاثة أرباع النصيب، وهو اثنا عشر، يبقى من الثلث ثلاثة ندفع بالوصية الثانية سهما، ونضمّ الباقي، وهو سهمان إلى ثلثي المال، فبلغ اثنين وثلاثين لو قسمنا بين ابنين أصاب كل ابن ستة عشر مثل ما أعطينا بالنصيب.

ولو قسمنا بين ثمانية، كان لكل ابن أربعة مثل ما استرجعنا، وهو ربع النصيب الكامل، فتمّ التخريج.

ولو قال: "إلا نصيب ابن تاسع"، والمسألة بحالها، فالتخريج على طريقة بعض المشايخ أن تأخذ عددا يمكن قسمته بين ابنين وبين تسعة، وذلك ثمانية عشر، لو قسمنا بين ابنين أصاب كل واحد منهما تسعة، ولو قسمنا بين تسعة أصاب كل واحد منهم سهمان، فخذ تفاوت ما بين القسمتين، وذلك سبعة، ونزيد على ثمانية عشر، [فيكون][1] خمسة

(١) ما بين المعكوفتين: "زياده" من (ج) و (د)

وعشرين، ثم نضربه في ثلاثة، ثم تطرح من ذلك ما زدنا على ثمانية عشر، وذلك سبعة، يبقى ثمانية وستون، فهو ثلث المال.

ومعرفة حاصل الوصية: أن نأخذ تفاوت ما بين القسمتين، وذلك سبعة، ونضربه في ثلاثة، ثم في ثلاثة، يصير ثلاثة وستين، ثم نطرح من ذلك سبعة، يبقى ستة وخمسون، فهو حاصل الوصية، فارفع هذا من ثلث المال، يبقى من الثلث اثنا عشر، ارفع من ذلك أربعة بالوصية الثانية، وضمّ الثمانية إلى ثلثي المال الذي هو مائة وستة وثلاثون، يصير مائة وأربعة وأربعين، إذا قسمت بين ابنين أصاب كل ابن اثنان وسبعون، وان قسمت بين تسعة بنين أصاب كل ابن ستة عشر.

وأما التخريج بطريقة الحشو: أن نأخذ اثنين لأجل الابنين، ونزيد عليه سهما لأجل الوصية بالنصيب، ثم نقسم ما في يد الابنين على تسعة لمعرفة نصيب الابن التاسع، وقسمة اثنين على تسعة لا تستقيم، فاضرب أصل المال، وذلك ثلاثة في مخرج التسع، وذلك تسعة، فصار ما في يد الورثة ثمانية عشر، وما في يد[1] الموصى له تسعة، لو قسمنا ثمانية عشر على تسعة أصاب كل ابن سهمان، فعلمنا أن نصيب الابن التاسع سهمان، تسترجع ذلك من نصيب الموصى له.

يبقى للوصية سبعة، ويكون المسترجع تسعا النصيب الكامل، نطرح ذلك من نصيب الورثة، بقي في يد الورثة ستة عشر، وصار المال خمسة وعشرين، سبعة في يد الموصى له، فيسترجع سهمين من نصيب الموصى له، ونضمّ المسترجع إلى ما في يد الورثة، فيصير في يد الورثة ثمانية عشر، لو قسمنا بين ابنين، أصاب كل ابن تسعة.

---

(١) "يد" ساقط من (ج) و (د).

ولو قسمنا بين تسعة بنين أصاب كل ابن سهمان، مثل ما استرجعنا، وكان مخرج الوصية الأولى من خمسة وعشرين لو لم يكن معها وصية أخرى، فإذا ضمّ إليها الوصية الثانية، وذلك ثلاثة، يصير خمسة وسبعين، ثم اطرح من ذلك حاصل الوصية في المسألة الأولى، وذلك سبعة، يبقى ثمانية وستون، فهو ثلث المال، ثم خذ النصيب الكامل في المسألة الأولى، وذلك تسعة، واضربه في ثلاثة، ثم في ثلاثة يصير أحدا وثمانين، ثم اطرح ما أخذت للنصيب، وذلك تسعة، يبقى اثنان وسبعون، فهو النصيب الكامل.

استرجع بالاستثناء تسعي ذلك، وهو ستة عشر، يبقى ستة وخمسون، فهو حاصل الوصية، إذا عرفت حاصل الوصية، وعرفت ثلث المال خذ ثلث المال، وهو ثمانية وستون، وارفع من ذلك حاصل الوصية ستة وخمسين، بقي من الثلث اثنا عشر، أعط بالوصية الثانية أربعة، وضمّ الثمانية إلى ثلثي المال، وهو مائة وستة وثلاثون، يصير مائة وأربعة وأربعين.

لو قسمنا بين ابنين أصاب كل ابن اثنين و سبعين مثل ما أعطينا بالنصيب الكامل[1]، ولو قسمنا بين تسعة بنين أصاب كل ابن ستة عشر مثل ما استرجعنا.

فخرجت المسألة من مائتين وأربعة، ومحمد رحمه الله خرّجها بطريق الاختصار من أحد وخمسين، لموافقة بين السهام بالربع، فكل من كان له سهم يأخذ رُبعه .

وأما التخريج بطريق الدينار والدرهم: أن نجعل ثلث[2] المال سبعة دنانير وثلاثة دراهم، فنعطي بالنصيب تسعة دنانير، وبالوصية الثانية درهما واحدا، ثم نسترجع

(١) سقطت العبارة من قوله: "لو قسمنا" إلى قوله: "بالنصيب الكامل" من (ج) و (د).

(٢) "ثلث" ساقط من (ج) و (د).

دينارين، ونضمّهما مع الدرهمين إلى ثلثي المال، فيصير معنا ستة عشر دينارا وثمانية دراهم، وحاجتنا إلى ثمانية عشر دينارا؛ لأنا أعطينا بالنصيب تسعة، ينبغي أن يكون للابنين ضعفها، فستة عشر دينارا قصاص بمثلها، يبقى ثمانية دراهم تعدل دينارين، فأقلب الفضة، واجعل أجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، وأجزاء الدنانير أجزاء الدراهم، كل دينار بمعنى أربعة، وكل درهم بمعنى درهمين.

وقد كنا جعلنا ثلث المال سبعة دنانير وثلاثة دراهم، كل دينار بمعنى أربعة وكل درهم بمعنى درهمين، فكان الثلث أربعة وثلاثين، أعطينا بالنصيب تسعة دنانير تعدل ستة وثلاثين، واسترجعنا دينارين، وذلك ثمانية، ، بقي مع الموصى له سبعة دنانير تعدل ثمانية وعشرين [(1)] درهما، فهو حاصل الوصية.

إذا عرفت ثلث المال[(2)]، وعرفت حاصل الوصية، ارفع من ثلث المال حاصل الوصية ثمانية وعشرين، يبقى من الثلث ستة دراهم، أعط بالوصية الثانية درهمين، وضمّ الأربعة الباقية من الثلث إلى ثلثي المال الذي هو ثمانية وستون، يصير اثنين وسبعين، لو قسمنا بين ابنين أصاب كل ابن ستة وثلاثون، ولو قسمنا بين تسعة بنين أصاب كل ابن ثمانية مثل ما استرجعنا، فخرجت المسألة من مائة وسهمين، وهو تخريج[(3)] من أحد وخمسين، لموافقة بين الأجزاء في النصف.

---

(١) وفي (ج) و (د): "ثمانية وعشر درهما"، وهو خطأ.

(٢) قوله: "إذا عرفت ثلث المال" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "وهو تخريج" ساقط من (ج) و (د).

والتخريج بطريق الجبر و[المقابلة][(١)]: أن تجعل المال نصيبين، ندفع بالوصية نصيبا، وتسترجع نصيب ابن تاسع لو كان، ولو كان البنون تسعة كان النصيبان بينهم أتساعا، لكل واحد منهم تسعا نصيب، فعرفنا أن الوصية الأولى سبعة أتساع نصيب، فنستقبل الحساب، ونأخذ ثلث المال، وندفع منه بالوصية سبعة أتساع نصيب، فإذا انتقص ثلث[(٢)] المال تسعة أتساع نصيب، صار كل تسع من المال ناقصا بتسعي نصيب وثلث تسع نصيب، يدفع بالوصية ثلث ما بقي من الثلث تسع مال إلا تسعى نصيب و ثلث تسع نصيب[(٣)].

بقي من الثلث تسعا مال إلا أربعة أتساع نصيب وثلثي تسع نصيب، نضمّ ذلك إلى ثلثي المال، فصار معنا ثمانية أتساع مال إلا أربعة أتساع نصيب وثلثي تسع نصيب، وأنه يعدل نصيبين إلا أنه ناقص بأربعة أتساع نصيب وثلثي تسع نصيب، فاجبر النقصان، وزد عليه أربعة أتساع نصيب وثلثي تسع نصيب، وإذا زدت عليه، زد فيما يعدله، وذلك نصيبان مثل ذلك، فصار معنا ثمانية أتساع مال يعدل نصيبين، وأربعة أتساع نصيب، وثلثي تسع نصيب، إلا أن المال ناقص بالتسع، فاجبره بأن تزيد عليه مثل ثمنه.

وإذا زدت في المال ثمنه، زد فيما يعدله ثمنه، وليس للنصيبين وأربعة أتساع نصيب، وثلثي تسع نصيب ثمن، فكان طريق زيادة الثمن عليها أن تبسط الأجزاء، وتعدّ كل نصيب سبعة وعشرين، ليكون له تسع ولتسعه ثلث، فصار النصيبان وأربعة أتساع نصيب، وثلثي تسع نصيب ثمانية وستين، وزد عليه ثمنه ثمانية ونصف، فصار ستة

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) "ثلث" ساقط من (ج) و (د).

(٣) سقطت العبارة من قوله : "يدفع بالوصية" إلى قوله : "تسع نصيب"

وسبعين، ونصف انكسر بالإنصاف، فضعف، فصار الكل مائة وثلاثة وخمسين، وثلث المال أحد وخمسون، والنصيب الكامل أربعة وخمسون، والمسترجع اثنا عشر.

وحاصل الوصية، وذلك سبعة أتساع نصيب اثنان وأربعون، فنأخذ ثلث المال أحدا وخمسين، ورفعنا منه حاصل الوصية اثنين وأربعين، وبقي تسعة، ندفع بالوصية الثانية ثلث ما بقي من الثلث، وذلك ثلاثة، ونضمّ الستة الباقية إلى ثلثي المال، يصير مائة وثمانية أسهم، لو قسمنا بين ابنين، أصاب كل ابن أربعة وخمسون، مثل ما أعطينا بالنصيب، ولو قسمنا بين تسعة بنين، أصاب كل ابن اثنا عشر مثل ما استرجعنا.

ولو قال: "إلا نصيب ابن عاشر"، والمسألة بحالها، فعلى طريق بعض المشايخ نأخذ عشرة، ليمكن قسمته بين ابنين وبين عشرة، لو قسمنا بين عشرة، كان لكل ابن سهم، ولو قسمنا بين ابنين كان لكل ابن خمسة، وزد على العشرة تفاوت ما بين القسمتين، وذلك أربعة، فيصير أربعة عشر، ثم اضرب في ثلاثة لأجل الوصية الثانية، يصير اثنين وأربعين، ثم اطرح ما زدت، ، وذلك أربعة، يبقى ثمانية وثلاثون فهو ثلث المال، وكل المال مائة وأربعة عشر.

وأما معرفة حاصل الوصية: أن تأخذ تفاوت ما بين القسمتين، وذلك أربعة، وتضربه في ثلاثة ثم في ثلاثة، ثم تطرح أربعة، يبقى اثنان وثلاثون، فهو حاصل الوصية، متى رفعت هذا عن ثلث المال، وذلك ثمانية وثلاثون، يبقى من الثلث ستة تدفع بالوصية الثانية سهمين، وتضمّ الأربعة إلى ثلثي المال، وذلك ستة وسبعون يصير ثمانين، لو قسمنا بين ابنين أصاب كل ابن أربعون، ولو قسمنا بين عشرة، أصاب كل ابن ثمانية مثل ما استرجعنا، فخرجت المسألة من مائة وأربعة عشر.

والتخريج بطريق الحشو: أن تأخذ عدد الابنين، وتزيد عليهما واحدا، ثم تقسم ما في يد الابنين على عشرة لمعرفة المسترجع، فلم يستقم، فضربنا أصل المسألة، وذلك ثلاثة في مخرج العشر، فصار كل سهم عشرة، لو قسمنا ما في يد الابنين على عشرة، كان لكل ابن سهمان، فيطرح سهمين من نصيب الورثة، يبقى المال ثمانية وعشرون، عشرة في يد الموصى له، وثمانية عشر في يد الورثة، ثم تسترجع سهمين من نصيب الموصى له، وتضمّ إلى ما في يد الورثة، فصار في يد الورثة عشرون، لو قسمنا بين عشرة، أصاب كل ابن سهمان، مثل ما استرجعنا، ولو قسمنا بين ابنين، أصاب كل ابن عشرة، مثل ما أعطينا بالنصيب.

فعرفنا أن مخرج الوصية من ثمانية وعشرين، المسترجع سهمان، وحاصل الوصية ثمانية، فإذا ضمّ الوصية الثانية، نضرب مخرج الوصية الأولى في مخرج الوصية الثانية، وذلك ثلاثة، يصير أربعة وثمانين، ثم تطرح من ذلك حاصل الوصية في المسألة الأولى، وهو ثمانية، يبقى ستة وسبعون، فهو ثلث المال.

ومعرفة النصيب: أن تأخذ النصيب الكامل في المسألة الأولى، وذلك عشرة، وتضربه في ثلاثة، ثم في ثلاثة، ثم تطرح عشرة، يبقى ثمانون.

ومعرفة حاصل الوصية: أن تضرب ثمانية في ثلاثة ثم في ثلاثة، يصير اثنين وسبعين، ثم تطرح ثمانية، يبقى أربعة وستون، إذا رفعت أربعة وستين من ثلث المال يبقى اثنا عشر، تدفع بالوصية الثانية أربعة، وتضمّ الثمانية إلى ثلثي المال، وذلك مائة واثنان وخمسون، يصير مائة وستين، لو قسمنا بين ابنين، أصاب كل ابن ثمانون مثل ما أعطينا

بالنصيب[1]، ولو قسمنا بين عشرة أصاب كل ابن ستة عشر خمس النصيب الكامل.

فخرجت المسألة من مائتين وثمانية وعشرين، وعلى الطريقة الأولى خرجت[2] من مائة وأربعة عشر على النصف من هذا، ومحمد رحمه الله خرّجها بطريق الاختصار من سبعة وخمسين، لموافقة بين السهام في الربع، ورد الحساب إلى ما هوأوجز وأقلّ.

والتخريج بطريق الدينار والدرهم: أن تجعل ثلث المال ثمانية دنانير وثلاثة دراهم، وتعطي بالوصية الأولى عشرة دنانير، وتسترجع دينارين، وتدفع بالوصية الثانية درهما، وتضمّ الدرهمين والدينارين إلى ثلثي المال، يصير ثمانية دراهم وثمانية عشر دينارا، يعدل عشرين دينارا؛ لأنا دفعنا[3] إلى الموصى له بالنصيب عشرة دنانير، [بقي معنا ثلاثة دنانير][4]، ينبغي أن يكون للابنين ضعف ذلك، فالثمانية عشرة دينارا صار[5] قصاص بمثلها، بقي معنا ثمانية دراهم تعدل دينارين، فعرفنا أن كل دينار يعدل أربعة دراهم، فأقلب الفضة، واجعل أجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، وأجزاء الدنانير أجزاء الدراهم، كل دينار بمعنى أربعة، وكل درهم بمعنى درهمين.

وقد كنا جعلنا ثلث المال في الابتداء ثمانية دنانير وثلاثة دراهم، فذلك ثمانية

---

(١) "بالنصيب" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "خرجت" ساقط من (ج) و (د).

(٣) و في (ج) و (د): "أعطينا" مكان "دفعنا".

(٤) ما بين المعكوفتين "زيادة" من (ج) و (د).

(٥) "صار" ساقط من (ج) و (د).

وثلاثون، وأعطينا بالنصيب عشرة دنانير، وذلك أربعون، واسترجعنا دينارين، وذلك ثمانية، والتخريج إلى آخره.

وأما التخريج بطريق الجبر والمقابلة: أن تجعل المال نصيبين، وتدفع بالوصية مثل نصيب أحدهما نصيبا، وتسترجع منه نصيب ابن عاشر لو كان، ولو كان البنون عشرة، كان النصيبان بينهم أعشارا، لكل ابن خمس نصيب واحد.

فإذا عرفنا أن المسترجع خمس نصيب كان حاصل الوصية أربعة أخماس نصيب، فنأخذ ثلث المال، وندفع بالوصية الأولى أربعة أخماس نصيب، بقي ثلث إلا أربعة أخماس نصيب، ندفع بالوصية الثانية ثلث ما بقي، وهو تسع مال إلا خمس نصيب، وثلث خمس نصيب، يبقى من الثلث تسعا مال إلا خمسي نصيب، وثلثي خمس نصيب إلا أن المال ناقص بالتسع، فزد عليه ثمنه حتى يكمل المال، وزد فيما يعدله أيضا ثمنه، وليس للنصيبين وخمسي نصيب وثلثي خمس نصيب ثمن، وابسط الأجزاء، فصار كل نصيب خمسة عشرة، وصار النصيبان وخمسا نصيب وثلثا خمس نصيب ثمانية وثلاثين، زد عليه ثمنه، وذلك أربعة وثلاثة أرباع سهم، فصار الكل اثنين وأربعين وثلاثة أرباع سهم انكسر بالأرباع، فاضرب لكل في مخرج الربع، فصار مائة واحدا وسبعين.

وقد كنا جعلنا النصيب خمسة عشر، وضربناه في أربعة، فصار ستين، والمسترجع قدر خمسه، وهو اثنا عشر، والتخريج إلى آخره.

ومحمد رحمه الله خرّجها من سبعة وخمسين؛ لأن بين السهام موافقة بالثلث.

رجل قال: "أوصيت لفلان بثلث مالي إلا ثلث مالي"، صحت الوصية، وبطل

الاستثناء؛ لأنه استثنى جميع ما تكلم به[1].

ولو قال: "إلا ثلث مالي يردّ على ورثتي"، كانت الوصية باطلة؛ لأن قوله: "ثلث مالي يردّ على ورثتي" كلام يصح الابتداء به؛ لأنه ابتداء وخبر، وإذا جعل ابتداء كان بمنزلة الاستثناء المنقطع، ولا يبقى استثناء حقيقة[2]؛ لأن الكلام مع الاستثناء تكلم بكلام واحد، فإذا انقطع البعض عن البعض كان الكلام الثاني نسخا للأول رجوعا عنه.

كما لو أوصى بثلث ماله، ثم قال: "ردّوا ثلث مالي على ورثتي" كان ذلك رجوعا، كذلك هنا.

أما إذا لم يفرد الاستثناء بالخبر كان الكل كلاما واحدا، فيكون استثناء حقيقة، وفي حقيقة الاستثناء لا يجعل الاستثناء رجوعا لما قلنا.

وكذا لو قال: "أوصيت لفلان بثلث مالي إلا ثلث مالي يردّ على فلان بن فلان

---

(١) نص الإمام السرخسي في أصوله على هذه المسألة بأنه لو قال: "أوصيت لفلان بثلث مالي إلا ثلث مالي"، كان الاستثناء باطلا، وإنما بطل الاستثناء لأنه لا يتوهّم وراء المستثنى شيء يكون الكلام عبارة عنه. انظر: «أصول السرخسي» ٢/ ٣٩، و «دررالحكام» ١٢/ ١٠٣.

(٢) قسّم الإمام السرخسي الاستثناء إلى نوعين: حقيقة ومجاز، فمعنى الاستثناء حقيقة ما بيّنا، وما هو مجاز منه فهو الاستثناء المنقطع، وهو بمعنى "لكن" أو بمعنى العطف.. وإنه ابتداء حكم.. وعلى هذا إذا قال: "لفلان على ألف درهم إلا ثوبا" فإنه تلزمه الألف، لأن هذا ليس باستثناء حقيقة، إذ حقيقة الاستثناء في أصل الوضع أن يكون الكلام عبارة عما وراء المستثنى، والمستثنى هنا لم يتناوله صدر الكلام صورة ومعنى حتى يجعل الكلام عبارة عما وراءه، فيكون استثناء منقطعا. انظر «أصول السرخسي» ٢/ ٤٢، ٤٤.

وصية له"، كان الأمر على ما قال، وكانت الوصية للثاني لا للأولى، لأن الأمر بالردّ إلى الثاني رجوع عن الأول.

ولو قال: "أوصيت لفلان بثلث مالي إلا نصف مالي"، ولم يذكر في ذلك ردّاً وغيره، جازت الوصية، وبطل الاستثناء، لأنه استثنى جملة ما تكلم به وزيادة، وتعذّر أن يجعل رجوعا؛ لأن آخر كلامه لا يصلح كلاما مبتدءا ليكون في معنى المنقطع.

ولو مات، وترك ابنا، وأوصى لرجل بمثل نصيب ابنه إلا مثل نصيب ابن آخر لو كان، أو إلا نصيب ابن ثالث، أو إلا مثل نصيب ابن ثالث، وأوصى لآخر بثلث ما بقي من الثلث، كانت الوصية بثلث ما يبقى من الثلث باطلة، لأن الوصية الأولى استوعبت الثلث، فلا يبقى للثاني شيء.

بيان ذلك أنا نجعل المال على سهمين، نعطي للموصى له سهما، ونقسم سهم الابن على ثلاثة لمعرفة نصيب الابن الثالث، وإذا صار سهم الابن على ثلاثة صار سهم الموصى له أيضا على ثلاثة، ثم يطرح سهم من نصيب الورثة؛ لأن ذلك يعود إليه بالاستثناء، يبقى المال خمسة أسهم، يعطى للموصى له ثلاثة، ونسترجع منه سهم، يبقى للموصى له سهمان من خمسة إن اجازت الورثة، وإن لم تجز فله الثلث، وإذا لم يبق من الثلث شيء كانت الوصية الثانية وصية بالمعدوم، فتبطل ضرورة.

وكذا لو أوصى للثاني بربع ما يبقى من الثلث، أو بخمس ما يبقى، أو بأقلّ أو بأكثر، ولو لم يوص بالوصية الثانية، ولكنه استثنى ثانيا مكان الوصية، وهو الاستثناء المكرر، فهو على نوعين:

أحدهما: يبطل فيه التكرار، كما لو مات، وترك ابنا واحدا، وأوصى بمثل نصيب

ابنه إلا نصيب ابن ثالث لو كان، وإلا ثلث ما يبقى من الثلث، فالاستثناء الثاني باطل، لأن الوصية الأولى استوعبت الثلث، ولم يبق منه شيء، فيكون استثناء للمعدوم.

والنوع الآخر: ما يصح فيه التكرار والوصية، وهو أن يبقى بعد الوصية الأولى والاستثناء الأول شيء، وذكر ذلك في فصلين:

أحدهما: إذا ترك الرجل ابنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهما إلا نصيب [ابن][1] ثالث لو كان، وإلا ثلث ما يبقى من الثلث، وهو على وجوه ثلاثة:

أحدها: أن يقول: "أوصيت لفلان بمثل نصيب أحدهما إلا نصيب ابن ثالث لو كان، وإلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد حاصل الوصية".[2]

والثاني: أن يقول: "وإلا ثلث ما يبقى من الثلث" ولم يزد على ذلك، فهما سواء، والوصية جائزة، والاستثناء الأول صحيح.

والسبيل في هذا الجنس أن ينظر إلى مخرج الوصية الأولى، والاستثناء الأول عند الاقتصار عليهما، فإن كانت الوصية بأقلّ من الثلث، صح الاستثناء الثاني، وإلا فلا.

وكذا لو كان مكان الاستثناء الثاني وصية أخرى، وفي هذا الفصل لو اقتصر على الوصية الأولى والاستثناء الأول، كانت الوصية بتسع المال، فإذا كرّر الاستثناء، صحّ جميع ذلك لوجود ما يبقى من الثلث بعد الوصية الحاصلة، فكانت المسألة من خمسة وأربعين، النصيب الكامل أحد وعشرون، والنصيب المستثنى أربعة عشر، والمستثنى ثلث

---

(١) الزيادة ساقطة من الأصل، وزيدت من (ا) و(ب) و(ج)، وثبوته هو الصواب.

(٢) من قوله: "وهو على وجوه ثلاثة" تكررت كتابة سطرين في الأصل، وهو خطأ من الناسخ.

ما يبقى من الثلث أربعة أسهم.

وتخريجها بطريق الحشو: أن تأخذ نصيب الابنين سهمين، مثل عددهما، وتزيد واحدا لأجل الوصية، وتقسم نصيب الابن على ثلاثة لمعرفة المسترجع، وقسمة اثنين على ثلاثة لا يستقيم، فتضرب أصل المسألة، وذلك ثلاثة في ثلاثة، يكون تسعة، نعطي للموصى له ثلاثة، وتقسم نصيب الابنين، وذلك ستة على ثلاثة لمعرفة المسترجع، فأصاب كل ابن سهمان، ثم تطرح هذين السهمين من نصيب الابن؛ لأن ذلك يعود إليه بالاستثناء، يبقى في يد الابن أربعة، وفي يد الموصى له ثلاثة، فيكون سبعة، واسترجع سهمين من الموصى له، فيبقى حاصل الوصية سهم واحد هو سبع المال.

فإذا استثنى ثلث ما بقي من الثلث، فالسبيل في هذا أن تضرب المال في سهمين؛ لأنه استثنى ثلث ما يبقى بعد الوصية الحاصلة، والوصية الحاصلة ما يكون له بعد الاستثناء، فكان المستثنى من النصيب شيئا لو ضمّ إلى ما بقي من الثلث يكون المضموم ثلث الجملة بعد الاسترجاع، لا قبله.

وقد علمنا أن كل شيء لو ضمّ إليه مثل نصفه يكون المضموم ثلث الجملة، فلهذا ضربنا المال في مخرج النصف، وهو سهمان، وإذا ضربنا سبعة في سهمين يصير أربعة عشر، ثم نزيد عليه سهما مثل الوصية الحاصلة؛ لأنه استثنى من نصيب الموصى له ليردّ على الورثة.

والأصل أنه إذا استثنى من نصيب الموصى له للورثة، فإنه لا يزاد؛ لأنه يزداد به مال الورثة، فإذا زدنا سهما على أربعة عشر يصير خمسة عشر، فهو ثلث المال.

ومعرفة النصيب الكامل: أن تأخذ النصيب الكامل في الوصية الأولى، وذلك

ثلاثة، وتضربه في سهمين، كما ضربنا أصل المال، فيصير ستة، ثم اضرب في ثلاثة كما ضربت أصل المال، فيكون ثمانية عشر، ثم زد عليه ما أخذت أولا، وذلك ثلاثة، فصار أحدا وعشرين هو النصيب الكامل، استرجع منه قدر ثلثيه أربعة عشر، يبقى سبعة، فهو الوصية الحاصلة.

إذا عرفت حاصل الوصية خذ ثلث المال، وذلك خمسة عشر، أعط بالوصية الحاصلة سبعة، يبقى من الثلث ثمانية، ثم استرجع من الوصية الحاصلة مثل نصف ما بقي، وذلك أربعة، وضمّها إلى ما بقي من الثلث، وذلك ثمانية، يصير اثني عشر، ثم ضمّ اثني عشر إلى ثلثي المال، وذلك ثلاثون، يصير اثنين وأربعين، لو قسمتها بين بنين، أصاب كل ابن أحد وعشرون، مثل ما أعطينا بالنصيب الكامل.

ولو قسمته بين البنين الثلاثة، كان لكل واحد أربعة عشر، مثل ما استرجعت، وقد استثنيت منه ثلث ما بقي من الثلث بعد الوصية الحاصلة.

وطريقة الدرهم والدينار: أن تجعل ثلث المال دينارا ودرهمين، لحاجتنا إلى أن ندفع بالوصية دينارا، ويكون لما بقي نصف حتى نسترجع من النصيب مثل(١) نصف ما بقي، فيكون المسترجع بعد ضمّه [ثلث](٢) الجملة، وأقلّ ذلك سهمان، وأعط بالنصيب ثلاثة دنانير، دينار من الثلث، وديناران قرض عليك إلى أن يقضى، وتسترجع منه دينارين، لعلمنا أن النصيب الناقص ثلثا النصيب الكامل، ثم استرجع أيضا بالاستثناء الثاني من الدينار درهما، فصار معك ثلاثة دراهم، ضمّ هذا إلى ما في يد الورثة، وذلك ديناران

(١) "مثل" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في الأصل: إلى الجملة، والمثبت من (ج) و (د). وهو الصواب.

وأربعة دراهم، فيصير دينارين وسبعة دراهم، وحاجتنا إلى ستة دنانير؛ لأنا أعطينا بالنصيب ثلاثة دنانير، فينبغي أن يكون في يد الابن ضعف ذلك نصيبه، ونصيب ابن ثالث، فالديناران بمثلهما قصاص، يبقى معنا سبعة دراهم تعدل أربعة دنانير، فأقلب الفضة، وصار كل دينار بمعنى سبعة، وكل درهم بمعنى أربعة، عد إلى الأصل، وقد جعلنا ثلث المال دينارا، وذلك سبعة دراهم ودرهمين، [كل درهم أربعة،][1] فيكون الثلث خمسة عشر، وكل المال خمسة وأربعون.

ومعرفة النصيب الكامل: جعلنا النصيب ثلاثة دنانير، فذلك أحد وعشرون، واسترجعنا دينارين، وذلك أربعة عشر، والتخريج إلى آخره.

وطريق الجبر والمقابلة: أن تأخذ ثلث مال مجهول، وتعطي بالنصيب شيئا، وتسترجع بالاستثناء ثلثه، لعلمنا أن النصيب الناقص، وهو المسترجع ثلثا النصيب الكامل، بقي معك ثلث مال إلا ثلث شيء، ثم تسترجع مثل نصفه حتى يكون المسترجع ثلث الجملة، وذلك سدس مال إلا سدس شيء، فيصير معنا نصف مال إلا نصف شيء؛ لأن السدس متى ضمّ إلى الثلث يكون نصفا، وضمّ هذا إلى ثلثي المال، فيصير مال وسدس مال إلا نصف شيء، وأنه يعدل شيئين؛ لأنا أعطينا بالنصيب شيئا ينبغي أن يكون للابن ضعف ذلك، إلا أن المال ناقص بنصف شيء، فاجبر [النقصان][2] بأن تزيد عليه نصف شيء، وزد فيما يقابله نصف شيء، فصار معنا مال وسدس مال يعدل شيئين ونصف شيء، إلا أن المال زائد بالسدس، فاطرح الزيادة ليبقى مال كامل، وذلك بأن

---

(١) ما بين المعكوفتين " إلى الجملة " من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين " زيادة " من (ج) و (د).

تطرح سبعه، وإذا طرحت السبع من المال اطرح عما يقابله سبعه، وليس لشيئين ونصف سُبع صحيح، فاحتجنا إلى أن يكون النصيب عددا له سبع وثلث أيضا؛ لأنه استرجع ثلثيَ النصيب، وأقلّ عدد له سبع وثلث أحد وعشرون، فنضرب شيئين ونصف في أحد وعشرين، فيصير اثنين وخمسين ونصف تطرح عنه سبعه، وذلك سبعة ونصف، يبقى خمسة وأربعون، فهو المال الكامل، وثلثه خمسة عشر.

ومعرفة النصيب: جعلنا النصيب شيئا، وضربنا الشيء في أحد وعشرين، فيكون أحدا وعشرين، والمسترجع ثلثا النصيب الكامل، وذلك أربعة عشر، والتخريج إلى آخره.

والوجه الثالث أن يقول: "أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد الابنين إلا نصيب ابن ثالث لو كان، وإلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب الكامل"، فالمسألة من ثلاثة وثلاثين، وثلث المال أحد عشر، والنصيب الكامل خمسة عشر، والمسترجع عشرة أسهم.

ووجه ذلك بطريق الحشو: أن تأخذ مخرج الوصية الأولى، وذلك سبعة، لما قلنا فيما تقدم، وتضربه في ثلاثة بخلاف ما تقدم، فإن ثمة ضربنا سبعة في سهمين؛ لأن ثمة جعل المسترجع ثلث الجملة بعد حاصل الوصية، وهنا جعل المسترجع ثلث الجملة بعد النصيب الكامل، فنحتاج إلى عدد له ثلث حتى تسترجع مثل ثلثه، وأقلّ ذلك ثلاثة، فإذا ضربنا السبعة في ثلاثة يصير أحدا وعشرين، ثم تزيد عليه حاصل الوصية في المسألة الأولى، وذلك واحد، يصير اثنين وعشرين، اجعل هذا ثلث المال، ويكون كل المال ستة وستين.

ومعرفة النصيب الكامل[1]: جعلنا النصيب في الابتداء ثلاثة[2]، وضربناه في ثلاثة ثم في ثلاثة، فيصير سبعة وعشرين، ثم تزيد عليه مثل ما أخذت في الابتداء، وذلك ثلاثة، فيصير ثلاثين، هذا هو النصيب الكامل، استرجع منه قدر ثلثيه، وذلك عشرون، يبقى عشرة، فهو حاصل الوصية.

إذا عرفت ثلث المال و حاصل الوصية[3] خذ ثلث المال، وذلك اثنان وعشرون، وأعط بالوصية الحاصلة عشرة، يبقى من الثلث اثنا عشر، استرجع من الوصية الحاصلة أيضا مثل[4] ثلث ما بقي، وذلك أربعة، و ضمّه إلى ما بقي من الثلث، وذلك اثنا عشر، فيصير ستة عشر، ضمّه إلى ثلثي المال، وثلثا المال أربعة وأربعون، فصار الكل ستين بين ابنين، أصاب كل ابن ثلاثين، مثل ما أعطينا بالنصيب الكامل، ولو كان البنون ثلاثون، كان لكل ابن عشرون مثل ما استرجعنا.

وأما طريقة الدينار والدرهم: أن تجعل ثلث المال دينارا وثلاثة دراهم، وتعطي بالنصيب ثلاثة دنانير، وتسترجع دينارين، ويسترجع بالاستثناء ثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب درهما، فيصير معك أربعة دراهم تضمّه إلى ما في يد الورثة، والتخريج إلى آخره.

وأما طريق الجبر والمقابلة: أن تأخذ ثلث مال مجهول، وتعط بالوصية شيئا،

---

(١) "الكامل" ساقط من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "سهما".

(٣) قوله: "إذا عرفت ثلث المال وحاصل الوصية" ساقط من (ج) و (د).

(٤) قوله: "أيضا مثل" ساقط من (ج) و (د).

وتسترجع ثلثه، لعلمنا أن المسترجع ثلثا النصيب الكامل، بقي في يدنا ثلث مال إلا ثلث شيء تسترجع أيضا مثل ثلث الباقي، وهو تسع مال إلا تسع شيء، فيصير معنا أربعة أتساع مال، إلا أربعة أتساع شيء[1]، يضمّ هذا إلى ما في يد الورثة، وفي يدهم ستة أتساع مال، فيصير مال وتسع مال إلا أربعة أتساع شيء، وأنه يعدل شيئين، غير أنه ناقص بأربعة أتساع شيء، فاجبره بأن تزيد عليه أربعة أتساع شيء وزد فيما يقابله مثل ذلك، فيصير مالا وتسع مال يعدل شيئين وأربعة أتساع شيء، إلا أن المال زائد بتسع، فاطرح الزيادة حتى يبقى مال كامل، وذلك بأن تطرح عنه عشره.

وإذا طرحنا ذلك من المال نطرح عما يقابله عشره أيضا، وليس لشيئين وأربعة أتساع شيء عشر، فنسقط الأجزاء، ونجعل كل شيء تسعين ليكون له عشر وتسع، أو نضرب مخرج التسع في مخرج العشر، فكان تسعين، ثم تضرب شيئين وأربعة أتساع شيء في تسعين، فيكون مائتين وعشرين، نطرح منه عشرة اثنين وعشرين، يبقى مائة وثمانية وتسعون، فهو المال الكامل، وثلثه ستة وستون، والنصيب الكامل تسعون، لأنا جعلنا النصيب شيئا، وضربنا كل شيء في تسعين، فكان النصيب[2] تسعين، والنصيب الناقص ستون لعلمنا أن النصيب الناقص ثلثا الكامل، وحاصل الوصية ثلاثون.

إذا عرفنا ذلك أخذنا ثلث المال ستة وستين، ورفعنا منه بحاصل الوصية ثلاثين، بقي معنا من الثلث ستة وثلاثون لنسترجع من حاصل الوصية مثل ما بقي من الثلث، وذلك اثنا عشر، فصار معنا من الثلث ثمانية وأربعون، نضمّ هذا إلى ثلثي المال، وذلك مائة واثنان

---

(١) قوله: "إلا أربعة أتساع شيء" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "النصيب" ساقط من (ج) و (د).

وثلاثون، فصارت الجملة مائة وثمانين، لو قسمنا بين ابنين أصاب كل ابن تسعين مثل ما أعطينا بالنصيب، ولو قسمنا بين ثلاثة بنين، أصاب كل ابن ستين مثل ما استرجعنا.

ومحمد رحمه الله خرجها من سدس هذا، وذلك ثلاثة وثلاثون، لموافقة بين السهام في السدس.

والفصل الثاني:

رجل مات، وترك ابنين، وأوصى لرجل مثل نصيب أحدهما إلا نصيب ابن رابع لو كان وإلا ثلث ما يبقى من الثلث، وهذا على وجوه ثلاثة:

أحدها: أن يقول: "إلا ثلث ما يبقي من الثلث بعد حاصل الوصية".

والثاني: أن يقول: "إلا ثلث ما يبقى من الثلث" ولم يزد عليه، وهذا والوجه الأول سواء عند أصحابنا في ظاهر الرواية، والوصية من ثلاثة وثلاثين.

وجه ذلك بطريق الحشو: أنه لو اقتصر على الاستثناء الأول، كانت المسألة من خمسة، فإنا نأخذ اثنين بعدد الابنين، ونزيد واحدا لأجل الوصية، ثم نقسم نصيب الورثة، وذلك اثنان على أربعة لمعرفة نصيب الابن الرابع، وذلك لايستقيم، وينكسر بالانصاف، فضعفه، فصار المال ستة، أربعة للإبنين، وسهمان للوصية، ثم تطرح عما في يد الورثة نصيب الإبن الرابع، [1] وذلك سهم، فعاد المال إلى خمسة، ثلاثة للورثة، وسهمان للموصى له، ثم نسترجع عن الموصى له نصيب الابن الرابع، فيصير للورثة أربعة، ويبقى للموصى له سهم واحد.

(١) من قوله: "وذلك لايستقيم" الى قوله: "نصيب الأبن الرابع" ساقط من (ج) و (د).

فعرفنا أنه لو اقتصر على الاستثناء الأول كانت المسألة[1] من خمسة، فإذا ضمّ إليه الاستثناء الثاني نضرب خمسة في عدد له نصف؛ لأنه جعل المسترجع ثلث ما بقي بعد الوصية الحاصلة، وفي مثل هذا يكون المسترجع قبل الضم مثل نصف ما بقي[2]، فلأجل هذا ضربنا الخمسة في عدد له نصف، فضربنا خمسة في اثنين، فيصير عشرة، ثم تزيد عليه حاصل الوصية في المسألة الأولى، وهو سهم، فيصير أحد عشر، فهو ثلث المال، وكل المال ثلاثة وثلاثون.

ومعرفة النصيب الكامل: أن نأخذ النصيب في المسألة الأولى، وذلك سهمان، ونضرب في سهمين، فيصير أربعة، ثم نضرب في ثلاثة[3]، فيصير اثني عشر، ثم تزيد عليه ما أخذنا للنصيب في الابتداء، وذلك سهمان، فيصير أربعة عشر، فهو النصيب الكامل، والمسترجع نصفه لعلمنا أن نصيب الرابع يكون نصف نصيب أحد الابنين، يبقى سبعة، فهو حاصل الوصية، أخذنا ثلث المال أحد عشر، وندفع منه حاصل الوصية سبعة، يبقى من الثلث أربعة، نسترجع من حاصل الوصية مثل نصف ما بقي، وذلك سهمان، فيصير معنا من الثلث ستة نضمّها إلى ثلثي المال، وذلك اثنان وعشرون، فيصير ثمانية وعشرين.

لو قسمنا بين ابنين أصاب كل ابن أربعة عشر مثل ما أعطينا بالنصيب، ولو قسمنا بين أربعة بنين أصاب كل ابن سبعة، مثل ما استرجعنا.

---

(١) وفي (ج) و (د): "كان السدس"، وهوخطأ.

(٢) من قوله: "بعد الوصية الحاصلة" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وفي (ج) و (د): "في ثمانية"، وهو خطأ.

وتخريجها بطريق الجبر والمقابلة: أن نأخذ ثلث المال، ونعطي منه نصيبا، ونسترجع منه قدر نصفه، لأنا نعلم أن نصيب الابن الرابع، يكون نصف أحد النصيبين، يبقى معنا ثلث مال إلا نصف نصيب، ثم نسترجع أيضا نصف ما بقي معنا، لما ذكرنا أنه إذا استثنى ثلث ما بقي بعد الوصية الحاصلة كان المستثنى نصف ما كان معنا، وذلك سدس مال إلا ربع نصيب، فيصير معنا نصف مال إلا ثلاثة أرباع نصيب نضمّه إلى ثلثي المال، فيصير معنا مال وسدس مال إلا ثلاثة أرباع نصيب، وأنه يعدل نصيبين إلا أنه ناقص بثلاثة أرباع نصيب، فتجبر النقصان بزيادة[1] ثلاثة أرباع نصيب، وزد فيما يعدله مثل ذلك، فيصير معنا مال وسدس مال يعدل نصيبين وثلاثة أرباع نصيب، إلا أن المال زائد بسدس، فتطرح السبع ليعود إلى مال كامل، وتطرح عما يعادله سبعه، وليس لنصيبين وثلاثة أرباع نصيب سبع، فتضرب نصيبين وثلاثة أرباع نصيب في سبعة، أو تبسط الأجزاء، وتعد كل نصيب سبعه، فيصير تسعة عشر وربع تسقط عنه سبعه، وهو سهمان وثلاثة أرباع سهم، يبقى ستة عشر ونصف، فضعفه لأجل الكسر، فيصير ثلاثة وثلاثين.

هذا هو المال وثلثه أحد عشر، والنصيب الكامل كان قبل التضعيف سبعة، فبعد التضعيف يكون أربعة عشر، والمسترجع نصفه، وحاصل [الوصية][2] سبعة، والمسترجع بالاستثناء الثاني نصف ما بقي من الثلث بعد الوصية الحاصلة، وذلك سهمان، والتخريج إلى آخره.

والوجه الثلث من هذا الفصل أن يقول: "إلا نصيب ابن رابع وإلا ثلث ما يبقى من

---

(١) "زيادة" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

الثلث بعد النصيب الكامل".

ووجه ذلك بطريق الحشو: أن نأخذ مخرج الوصية الأولى، وذلك خمسة، وتضربه في ثلاثة لما قلنا، يصير خمسة عشر، ثم تزيد عليه حاصل الوصية، وذلك سهم واحد، فيصير ستة عشر، فهو ثلث المال، وكل المال ثمانية وأربعون.

وطريق معرفة النصيب: أن نأخذ النصيب الكامل في المسألة الأولى، وذلك سهمان، ونضرب في ثلاثة، فيصير ستة ثم في ثلاثة، فيصير ثمانية عشر، ثم نزيد عليه سهمين مثل ما أخذنا في الابتداء، فيصير عشرين استرجع منه نصفه عشرة، يبقى عشرة، فهو حاصل الوصية.

إذا عرفنا ذلك أخذنا ثلث المال ستة عشر، أعطينا بالوصية الحاصلة عشرة، بقي من الثلث ستة، استرجع من الوصية الحاصلة ثلث ما بقي، وذلك سهمان، فيصير معنا ثمانية، نضمّه إلى ثلثي المال، وذلك اثنان وثلاثون، فيصير أربعين، لكل ابن عشرون مثل ما أعطينا بالنصيب الكامل، ولو كانوا أربعة كان لكل ابن عشرة، مثل ما استرجعنا.

وتخريجها بطريق الجبر والمقابلة: أن نأخذ ثلث المال، ونعطي منه نصيبا، ونسترجع نصف نصيب لما قلنا أن نصيب الرابع يكون نصف نصيب أحد الابنين، بقي معنا ثلث مال إلا نصف نصيب، نسترجع من حاصل الوصية ثلث ما بقي معنا، وهو تسع مال إلا سدس نصيب، فيصير معنا أربعة أتساع مال إلا أربعة أسداس نصيب نردّه إلى ثلثي المال، وهو ستة أتساع مال، فيصير مالا وتسع مال إلا أربعة أسداس نصيب يعدل نصيبين إلا أنه ناقص بربعة أسداس، فاجبره بذلك القدر.

وإذا زدت في المال ذلك زد فيما يعدله أربعة أسداس نصيب، فصار معنا مال وتسع

مال يعدل نصيبين وأربعة أسداس نصيب إلا أن المال زائد بتسع، فاطرح الزيادة بأن تطرح عشره، واطرح عما يقابله أيضا عشره، وليس للنصيبين وأربعة أسداس نصيب عشر، فاضرب نصيبين وأربعة أسداس نصيب في مخرج العشر، نصيبان في عشرة يكون عشرين، وأربعة أسداس نصيب في كل عشرة يكون ثلثا العشرة، وذلك ستة وثلثان، فكان الكل ستة وعشرين سهما، وأربعة أسداس سهم.

اطرح من ذلك عشره، وذلك سهمان وأربعة أسداس سهم، يبقى أربعة وعشرون سهما[1] فهو المال الكامل، وثلثه ثمانية، والنصيب الكامل عشرة، لأنا ضربنا كل نصيب في عشرة، فصار النصيب عشرة، أعطينا بالنصيب عشرة، واسترجعنا بالاستثناء الأول نصفها خمسة، لعلمنا أن نصيب الابن الرابع يكون نصف نصيب أحد الابنين، فعرفنا أن حاصل الوصية خمسة، أخذنا ثلث المال، وأعطينا بحاصل الوصية خمسة، بقي معنا من الثلث ثلاثة، نسترجع أيضا من حاصل الوصية مثل ثلث ما بقي من الثلث، وذلك واحد، يصير معنا من الثلث أربعة نضمّها إلى ثلثي المال، وذلك ستة عشر، يصير عشرين بين ابنين، [لو قسمنا][2] أصاب كل ابن عشرة مثل ما أعطينا بالنصيب الكامل، ولو قسمنا بين أربعة بنين أصاب كل ابن خمسة، مثل ما استرجعنا من النصيب، فاستقام التخريج.

---

(١) من قوله: "وأربعة أسداس سهم، اطرح من ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

باب من الوصايا التي يوصى بها لبعض الورثة فتجوز بغير إجازة ولقاتل أو غيره

بنى الباب على أصول:

منها: أن الوصية بالثلث المطلق تنصرف إلى الثلث الذي هو خالص حق الميت، لا إلى الثلث الشائع تنفيذا للوصية، كبيع أحد الشريكين النصف أو الثلث، ينصرف إلى ما هو حقه تنفيذا لتصرفه.

ومنها: أن الوصية بقدر الثلث تقدم على الميراث[1]، حتى لا يعتبر ذلك القدر من التركة، لأن الله تعالى أخّر الميراث عن الدين والوصية، فقال تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾[2] وأراد به الوصية بقدر الثلث.

ثم المشغول بالدين لا يعتبر من الميراث، ويتقدم عليه[3]، فكذلك الوصية.

---

(١) أصل الباب عند العتابي أن الوصية للأجنبي بالثلث مقدم على الإرث، والإرث مقدم على الوصية فيما زاد على الثلث، وكذلك مقدم على الوصية للوارث، وكذلك مقدم على الوصية للقاتل مطلقا، والكل مقدم على بيت المال. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق: ١٥٠.

(٢) سورة النساء. الآية: ١٢.

(٣) نقل الإمام الجصاص رواية الحارث عن عليّ رضي الله عنه قال: «تقرؤن الوصيةَ قبل الدَّين، وإن محمدا ﷺ قضى بالدين قبل الوصية»، قال أبو بكر: وهذا لا خلاف فيه بين المسلمين، لأن معنى قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ أن الميراث بعد هذين، وليست "أو" في

وفيما زاد على الثلث يقدم الميراث على الوصية ؛ لأن حق الورثة يتعلق بذلك في مرضه، فلا تنفذ وصيته إلا بإجازة الوارث .

ومنها : أن من لاوارث له يملك الوصية بجميع ماله(١) ؛ لقول ابن مسعود رضي الله عنه : "السائب يضع ماله حيث أحب"(٢)، واراد بالسائب من لا وارث له(٣).

ولأن القياس أن يملك الوصية بجميع ماله على كل حال ؛ لكون المحل ملكا له ، وإنما المانع حق الوارث ؛ ولهذا لو أجاز الوارث يصح ، فاذا انعدم الوارث انعدم المانع(٤)،

هذا الموضع لأحدهما، بل قد تناولتهما جميعا . . فجمع تعالى بين ذكر الدين والوصية ليُعلمنا أن سهام الميراث معتبرة بعد الوصية كما هي معتبرة بعد الدين. يرجع للتفصيل «أحكام القرآن» للجصاص، ٢/ ١٢٥ .

(١) وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وزفر والحسن بن زياد، وهو قول شريك بن عبد الله. انظر «أحكام القرآن» للجصاص، ٢/ ١٢٥ .

(٢) أخرجه الدارمي في سننه بلفظ : «السائبة يضع ماله حيث شاء» كتاب الفرائض، كما رواه الجصاص من حديث الشعبي عن عمرو بن شرحبيل قال : قال عبد الله بن مسعود : «ليس من حيّ من العرب أحرى أن يموت الرجل منهم ولايُعرف له وارث منكم معشرَ همدان، فإذا كان ذلك فليضع مالَه حيث أحبّ»، انظر «أحكام القرآن» للجصاص، ٢/ ١٢٥ .

(٣) قال ابن الأثير بعد أن ذكر حديث عبد الله بن مسعود في تفسير "السائبة" : أي العبد الذي يُعتق سائبة، ولايكون ولاؤه لمعتِقه، ولا وارث له، فيضع ماله حيث شاء. «النهاية في غريب الحديث والأثر» ٢/ ٤٣١ .

(٤) فصّل الجصاص في توجيه هذا بأن ظاهر قوله تعالى : ﴿من بعدِ وصيةٍ يُوصى بها أو دَين﴾ يقتضي جواز الوصية بجميع المال، لولا قيام دلالة الإجماع والسنة على منع ذلك، ووجوب الاقتصار بها على الثلث، فمتى عدم مَن وجب به تخصيص الوصية في بعض المال، وجب

فتجوز وصيته كما تجوز هبته.

ولأنا لو أبطلنا وصيتَه يوضع في بيت المال، والموصي له من جملة المسلمين لو خَصّه الإمام بذلك، يصح تخصيصه، فاذا خصه صاحب المال، وهومتصرف بحكم المِلك، صح تخصيصه بطريق الأولى[1].

ومنها: أن الوصية للوارث لاتعمل من غير إجازة الورثة، قلّت الورثة أو كثرت؛ لقوله عليه السلام: «لاوصية للوارث»[2]، وعليه إجماع المسلمين[3].

استعمال اللفظ في جواز الوصية بجميع المال على ظاهره ومقتضاه، ويدلّ عليه قوله ﷺ في حديث سعد: «إنك أن تدع ورثتك أغنياءَ خيرٌ من أن تدعهم عالةً يتكففون الناس» (أخرجه الستة: البخاري ٢٧٤٢ ومسلم ١٦٢٨وأبوداود ٢٨٦٤ والترمذي ٢١١٦ وابن ماجه ٢٧٠٨) فأخبر أن منع الوصية بأكثر من الثلث إنما هو لحق الورثة، ويدل عليه حديث الشعبي وغيره عن عمرو بن شرحبيل قـ : قال عبد الله بن مسعود: «ليس من حيّ من العرب أحرى أن يموت الرجل منهم ولايُعرف له وارث منكم معشرَ همدان، فإذا كان ذلك فليضع مالَه حيث أحبّ»، ولا يُعلم له مخالف من الصحابة. راجع «أحكام القرآن» للجصاص، ٢/ ١٢٥.

(١) لأن عامة المسلمين لايستحقونه ميراثا، وإذا لم يأخذوه ميراثا وإنما كان للإمام صَرفه إلى حيث يرى، لأنه لا مالك له، فمالكه أولى بصرفه إلى من يرى. ومن جهة أخرى أنهم إذا لم يأخذوه ميراثا، أشبه الثلث الذي يوصي به الميت ولا ميراث فيه، فله أن يصرفه إلى من شاء، فكذلك بقية المال إذا لم يستحقه الوارث، كان له صرفه إلى من شاء. انظر «أحكام القرآن»، ٢/ ١٢٥.

(٢) عن شرحبيل بن مسلم قال سمعت أبا أمامة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقّه، فلا وصية لوارث». أخرجه الترمذي في كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث، الحديث: ٢١٢٠. وابن ماجه في كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث الحديث: ٢٧١٣. وأخرجه أبوداود في كتاب الإجارة، باب في تضمين العارية،

وكذا الوصية بالمال للقاتل المكلف لاتعمل قبل الإجازة عندنا، وهو أحد قولي الشافعي[1]، سواء قتله بجرح قبل الوصية، أوبعدها؛ لقول علي كرم الله تعالى: "لاوصية للقاتل"[2]، فمن أجاز الوارث بعد الموت، جازه الوصية للوارث عند الكل.

الحديث: ٣٥٦٥. وأخرجه الطيالسي الحديث: ١١٢٧، والبيهقي ٦/ ٢٦٤، وأحمد في مسنده ٥/ ٢٦٧، كلهم من حديث أبي أمامة.

وورد من حديث عمرو بن خارجة: أن النبي صلى الله عليه وسلم خَطَبَهم وهو على راحلته، وإن راحلتَه لَتَقصَعُ بجرّتِها، وإن لُغامَها ليسيل بين كَتفيّ، قال: «إن اللهَ قَسّم لكل وارث نصيبَه من الميراث، ولا يجوز لوارثٍ وصيةٌ»، أخرجه ابن ماجه في الوصايا، الحديث: ٢٧١٢، والنسائي في الوصايا، الحديث ٣٦٤٣، والدارمي الحديث ٣١٤٢ والطيالسي الحديث ١٢١٧، وأحمد في مسنده ٤/ ١٨٦، ١٨٧، ٢٣٨.، ٢٣٩، وأخرجه الترمذي في الوصايا الحديث ٢١٢١، وقال الترمذي عقب الحديثين: حسن صحيح، وله طرق أخرى أوردها الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٤٠٣، فهو يرقى إلى درجة الصحيح بمجموع طرقه.

(٣) قال الإمام ابن المنذر: أجمعوا على أنه لاوصية لوارث إلا أن يجيز ذلك. انظر: «الإجماع» لابن المنذر ص ٧٣، والأوسط ٢/ ١٣٦.

(١) للشافعية فيه قولان: أظهر ما قال أنه تصح الوصية للقاتل ولو تعدّيا، لأنها تمليك بعقد، فأشبهت الهبة، وخالفت الإرث، وأن القتل لا يخرج القاتل من أن يكون أهلا للتبرع من جهة المقتول وغيره، والوصية نوع تبرع. والقول الآخر أنها تبطل، لأنه مال يستحق بالموت فأشبهت الإرث. مغني المحتاج ٣/ ٤٣، و«المهذب» للشيرازي ١/ ٤٥٢. وانظر مختلف الرواية ٧/ ٣٣٧١.

(٢) أخرجه الدارقطني في الأقضية بسند: عن مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة عن الحكم بن عتيبة عن عبد الرحمن ابن أبي ليلى عن علي بن أبي طالب، قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ليس لقاتل وصية»، فيه مبشر بن عبيد، قال الدارقطني عنه أنه متروك الحديث. سنن

وكذا الوصية للقاتل في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبويوسف: لاتعمل الوصية للقاتل أصلا.

له: أن الميرث أقوى من الوصية، ألاترى أن الوصية تبطل بالرد، والميراث لا.

ثم حرمان الميراث في حق القاتل لايرتفع برضي الورثة، فالوصية أولى، وهو بمنزلة مالو أوصى لحربي هو في دار الحرب، لاتعمل فيه إجازة الورثة، كذلك هنا.

والمعنى فيه أنه قصد استعجال الوصية بالقتل، فجُوزي[1] بالحِرمان[2]، وبرضى

الدارقطني، كتاب الأقضية والأحكام، حديث رقم: ١١٥، ٤/ ٢٣٧، وأخرجه البيهقي من حديث علي بن أبي طالب، ٦/ ٢٨١، وانظر «نصب الراية» للزيلعي، ٤/ ٤٠٢.

أقوى ما يستدل به ما أخرجه ابن ماجه ٢٦٤٦ ومالك ٢/ ٨٦٧ والبيهقي ٦/ ٢١٩ وأحمد ١/ ٤٩، كلهم عن عمروبن شعيب: «أن أبا قتادة رجل من بني مدلج قتل ابنه، فأخذ منه عمر مائة من الإبل، وقال عمر: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: ليس لقاتل ميراث" ورواية مالك "ليس لقاتل شيء" وكذا رواه الشافعي في الرسلة فقرة ٤٧٦، قال ابن الهمام مستدلا به: ذكر شيئا نكرة في محل النفي، فيعم الميراث والوصية جميعا. لأن الوصية أخت الميراث، وهو لايستحق الميراث فلا يستحق الوصية. «فتح القدير» ١٠/ ٤٥٢.

قال البوصيري في الزوائد: إسناده حسن، لكنه منقطع عمرو بن شعيب لم يدرك عمر. وكذا قال ابن حجر في التلخيص ١/ ٨٤. وله طرق أخرى، فقد أخرجه الترمذي ٢١٠٩ وابن ماجه ٢٦٤٥ والدار قطني ٤/ ٩٦ والبيهقي ٦/ ٢٢٠ كلهم من حديث أبي هريرة بلفظ: «القاتل لا يرث». قال البيهقي: هذه مراسيل جيدة يقوي بعضها بعضا.

(١) وفي (ج) و (د): "فيجوز"، وهو خطأ وتصحيف.

(٢) امتثالا لقاعدة معروفة: «مَن استعجل شيئا قبل أوانه عُوقب بحرمانه» مادة: ٩٩، مجلة الأحكام العدلية، القواعد للزركشي ص ٢١٠، «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص ١٥٢، «الأشباه والنظائر»

الورثة لايرتفع الجناية[1] حتى لايعود الميراث، [بخلاف][2] الوصية للوارث؛ لأن امتناع الوصية في حقه ماكان بحكم المعصية، بل لدفع الغيظ بإيثار بعض الورثة على البعض، فتنفذ عند الإجازة، وبخلاف ما إذا لم يكن القاتل من أهل المعصية.

ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: أنه أوصى لمن هو أهل للوصية لأنها بر، و مواساة، والقاتل من أهل المواساة، يندب له العفو، فتصح له الوصية[3]، كما لو كان القاتل صبيا أو معتوها.

ولهذا لو وهب له شيئا وسلم في وقت يذهب ويجيء، ثم مات بتلك الجراحة تصح، فكذلك الوصية، إذ كل واحد منهما تمليك بغير عوض.

وما قال من المعنى فليس كذلك، بدليل أنه لا يفرق بين العامد والخاطيء[4]، ولو

لابن نجيم ص ١٨٤، وقواعد ابن رجب ص ٢٣٠.

(١) أي أن امتناع جواز الوصية لجنايته، وهي قائمة بعد الإجازة أيضا، انظر «مختلف الرواية» ٧/ ٣٣٣٤، «المبسوط» ٢٧/ ١٧٧، «فتح القدير» ١٠/ ٤٥٤.

(٢) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج)، وفي الأصل: "ثبتت الوصية"، والأولى أنسب للمعنى.

(٣) قال أبو الليث السمرقندي موجّها لهما: إن امتناع جواز الوصية لحق الورثة، كامتناع جواز الوصية للوارث، بدليل أن نفعه عائد إليهم، ثم ذلك يجوز بإجازتهم، فكذا هذا. «مختلف الرواية» ٧/ ٣٣٣٤. وانظر: «المبسوط» ١٧/ ١٧٧، «بدائع الصنائع» ١٠/ ٤٨٦٠، والبناية ١٠/ ٤١٤.

(٤) عند الحنفية تبطل الوصية للقاتل إذا كان القتل قتلا حر اما عن طريق المباشرة، عامدا كان أو خاطئا، أما إذا كان قتلا بالسبب فلا تبطل. قال المرغيناني: ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا. انظر: «الهداية» مع «فتح القدير» ١٠/ ٤٥١، المبسوط ٢٧/ ١٧٦، البناية

كان بطريق العقوبة لا يسوى بينهما، بل إنما لا تصح الوصية لدفع الغيظ عن الورثة، كيلا يزاحم في الميراث من تسعى في دم أبيهم، فإذا أجازوا جاز.

وهذا بخلاف الميراث، لأن ردّ العبد وإجازته إنما يعمل في تمليك العباد، أما ما يثبت من جهة الشرع فليس إلى العباد ردّه وإثباته، والميراث ثبت من جهة الشرع، لا صنع للعبد فيه، فلا تعمل إجازته في ذلك، كما لا يعمل رده وإبطاله، وإيثار الأبعد على نفسه.

ومنها: أن الوصايا إذا اجتمعت بدئ بالأقوى؛ لأن الأدنى لا يزاحم الأقوى[1].

ومنها: ما ذكرنا في باب العروس أن الوصية إذا بطلت لوصية فوقها، تبطل ضربا واستحقاقا عند الكل، وإذا بطلت فيما زاد على الثلث لحق الوارث، فكذلك في قول أبي حنيفة تبطل أصلا، وعند أبي يوسف ومحمد تبطل استحقاقا، ولا تبطل ضربا[2].

لأبي حنيفة: أن الميراث أقوى من الوصية؛ لأن الميراث ثبت بإيجاب الشرع وأنه لا يحتمل الرد والوصية تحتمل الرد. ثم الاستحقاق بالوصية يبطل حق الآخر أصلا، فالاستحقاق بالميراث أولى.

ولهما: أن الوارث يبطل تصرف المورث لدفع الضرر عن نفسه، وضرره في الاستحقاق لا في الضرب، فبقيت الوصية فيما لا يتضرر به الوارث، بخلاف الاستحقاق بالوصية القوية؛ لأن ثمة الموصي هو الذي أبطل وصيته، وله ولاية مطلقة.

. ١/ ٤١٣. ومختلف الرواية ٧/ ٣٣٧١.

(١) فإن تساوت الوصايا في القوة، بأن كان كلها فرائض أو واجبات أو نوافل، بدئ بما قدّمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث، لأن الظاهر من حال الإنسان أن يبتدئ بالأهم. انظر «الهداية» و«فتح القدير» ١٠/ ٥٠٢، ٥٠٣.

(٢) انظر «مختلف الرواية» ٧/ ٣٣٥٤.

إذا عرفنا هذه الجملة جئنا إلى المسائل:

قال محمد رحمه الله: امرأة ماتت، وتركت زوجا لا وارث لها سواه، وأوصت بنصف مالها لأجنبي، فهذه المسألة على وجوه ثلاثة:

أحدها هذا، وفي هذا يقضى بنصف مالها للموصى له، وبالثلث للزوج، وبالسدس لبيت المال؛ لأن الوصية للأجنبي بقدر الثلث مقدم على الميراث، وتنصرف[1] إلى ما هو خالص حق الميت، فيأخذ الموصى له أولا ثلث المال، ويخرج ذلك من التركة، بقي ثلثا المال، للزوج من ذلك نصفه، وهو الثلث، بقي ثلث آخر لا يستحقه وارث، فتنفذ فيه الوصية، فيعطى السدس للموصى له تكميلا لوصيته، يبقى سدس المال خاليا عن الوصية والميراث، فيوضع في بيت المال.

والوجه الثاني: إذا أوصت لقاتلها بنصف المال، والمسألة بحالها، فنصف المال للزوج، والنصف للقاتل، ولا شيء لبيت المال؛ لأن الوصية للقاتل ضعيفة لا تنفذ إلا بإجازة الورثة، بمنزلة الوصية بما زاد على الثلث، فلا تظهر في حق الوارث، فيكون نصف المال للزوج بقي نصف المال تركة من لا وارث له، فيكون لبيت المال لولا الوصية، والوصية للقاتل جائزة على بيت المال، فيسلم هذا النصف للموصى له.

وعلى قول أبي يوسف الوصية للقاتل لا تجوز أصلا، فيكون نصف المال للزوج والنصف لبيت المال.

واحتج على أبي يوسف[2] بالمدبر يقتل مولاه، فيجيز الوارث الوصية أنه لا تجوز،

---

(١) وفي (ج) و (د): "وتنصرف".

(٢) وفي (ج) و (د): "واحتج قول أبي يوسف"، وما ثبت أصح.

ولا سعاية عليه. وأبو يوسف يمنع هذه المسألة.

والوجه الثالث: إذا أوصت بنصف مالها لزوجها، فالمال كله للزوج، النصف بحكم الميراث، والنصف بحكم الوصية؛ لأن الوصية للوارث ضعيفة مؤخرة عن الميراث، كالوصية للقاتل فيأخذ نصف المال بحكم الإرث. بقي النصف تركة من لا وارث لها[1]، فتعمل فيه الوصية.

فإن قيل: الوصية للوارث تجوز عند الإجازة، والزوج يجيز الوصية لنفسه، فوجب أن يبدأ بالوصية، ويعتبر الإرث في الباقي؟.

قلنا: فيما يستحقه بالميراث لا يجيز الوصية لنفسه، وإنما يجيز الوصية فيما لا يستحقه بالميراث[2]، فلهذا يبدأ بالميراث.

صرف محمد رحمه الله الوصية إلى النصف الفارغ عن الميراث، لا إلى النصف الشائع، إذ لو كان شائعا كان نصف الوصية، وهو الربع في نصيب بيت المال، فيبقى ربع المال فارغا عن الوصية، فيكون ذلك الربع لبيت المال. وإنما فعل هكذا لما ذكرنا في أصل الباب.

وكذا لو تركت عبدين قيمتهما سواء، وأوصت لزوجها بأحدهما بعينه، أخذ الزوج العبدين جميعا، أحدهما بحكم الميراث، والآخر بحكم الوصية؛ لأنها لما أوصت بأحدهما بعينه، فقد عينت الآخر للميراث. وللمورث أن يجمع الميراث في عين واحد، لأن حق الورثة في العين دون الصورة.

---

(١) وفي (ج): "لا وارث له".

(٢) وفي (ج) و (د): "بالإرث".

ولهذا لو باع المريض جميع ماله من الأجنبي بمثل القيمة يجوز، فإذا تعين أحدهما للميراث، تعين الآخر محلا لوصيته، فنفذت وصيته.

ولو مات الرجل، وترك امرأة لا وارث له غيرها بأن كان رجلا من أهل الحرب أسلم ولم يوال أحدا، أو كان لقيطا لا يعرف له نسب، فأوصى بجميع ماله لأجنبي، وللمرأة بالجميع أيضا، فإنه يبدأ بالأجنبي، فيأخذ ثلث المال أولا؛ لأن الوصية للأجنبي بقدر الثلث تقدم على الميراث وعلى الوصية للوارث.

فيعطى له الثلث، وللمرأة ربع ما بقي بحكم الميراث؛ فيحتاج إلى حساب له ثلث، ولما بقي ربع، وأقله ستة، للموصى له سهمان، وللمرأة ربع ما بقي سهم، بقي ثلاثة أسهم بين المرأة والأجنبي نصفان في قول أبي حنيفة رحمه الله، فيصير اثنا عشر، لأن حق الأجنبي كان في جميع المال وقد استوفى سهمين فلا تضرب بذلك.

ولا يضرب أيضا بما أخذت المرأة بحكم الميراث وذلك سهم، فإنما يضرب بثلثه والمرأة لا تضرب بالثلث الذي أخذ الأجنبي أولا، لأن الوصية للأجنبي بقدر الثلث وصية قوية، فتبطل وصية المرأة بذلك القدر، فلا تضرب المرأة بذلك، ولا بالسهم الذي أخذت بحكم الميراث.

وإنما تضرب المرأة بثلاثة أسهم، وقد استوت وصيتهما في ذلك، لأن وصيته لكل واحد منهما لا تنفذ من غير إجازة[1]، فيقسم الباقي بينهما نصفين.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا تضرب المرأة بالثلث الذي أخذ

---

(١) قوله: "وقد استوت وصيتهما في ذلك لأن وصيته لكل واحد منهما لا تنفذ من غير اجازة"، ساقط من (ج) و (د).

الموصى له أولا، ولا بما أخذت هي من الثلث[1]، وتضرب بالباقي، والموصى له لا يضرب بما أخذ هو أولا، ولا يضرب بما أخذت المرأة بالميراث فهو يضرب بأربعة.

والمرأة تضرب بثلاثة، فيكون حقهما في سبعة، فيضرب أصل المال، وهو ستة في سبعة، يصير اثنين وأربعين، للموصى له الثلث، أربعة عشر، وللمرأة ربع ما بقي، وذلك سبعة، يبقى أحد وعشرون، يقسم بينهما أسباعا، للمرأة ثلاثة أسباع، وذلك تسعة، وللأجنبي أربعة أسباعه اثنا عشر.

ومحمد رحمه الله خرّجها من اثني عشر في الكتاب، (وهو)[2] مذهب أبي حنيفة.

وعن أبي يوسف أنها تضرب فيما بقي بخمسة أسداس المال، وللأجنبي بأربعة الأسداس.

ووجه ذلك أن نجعل الحساب من ستة، لأنا نحتاج إلى حساب له ثلث، ولثلثه ربع، وأقلّ ذلك ستة، للموصى له سهمان بقي أربعة، سهم من ذلك للمرأة، وما استوفت هي بحكم الميراث يحطّ ذلك عن وصيتها، بقي حقها في خمسة أسداس المال، وحق الأجنبي كان في ستة، وقد استوفى سهمين، بقي أربعة، فيقسم النصف الباقي بينهما على تسعة. وإذا صار النصف تسعة صار جميع المال ثمانية عشر، أخذ الأجنبي أولا ثلث المال، وذلك ستة، بقي اثنا عشر، للمرأة ربع ما بقي ثلاثة، يبقى تسعة، خمسة أسهم من ذلك للمرأة وأربعة للأجنبي.

---

(١) وفي (ج) و (د): "بالإرث" بدل "من الثلث".

(٢) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د).

ثم سأل محمد رحمه الله في الكتاب على نفسه سؤالا فقال: كيف يضرب الموصى له بما استحقت المرأة بحكم الميراث، والمرأة لا تضرب بما أخذ الموصى له بالوصية، وهو الثلث.

ثم أجاب عن هذا فقال: لأن المستحق بحكم الميراث بقي محلا للوصية، حتى لو أجاز الوارث الوصية تصح، فعند عدم الإجازة تعتبر الوصية فيه في حكم الضرب.

والتفصيل إن كان لا يعتبر في حق الاستحقاق، فأما المستحق بالوصية القوية لا يبقى محلا للوصية الضعيفة.

ألا ترى أن رجلا لو مات، ولم يدع وارثا، وترك مالا كثيرا وعبدا قيمته أقلّ من الثلث، وأوصى بالعبد لأجنبي ليس بقاتل وأوصى بجميع ماله لقاتله، وبألف درهم لقاتل له آخر، بدئ بالعبد فيعطى للموصى له؛ لأن وصيته لا تتوقف على الإجازة، والوصية للقاتلين ضعيفة لا تنفذ إلا بإجازة، ثم يضرب الموصى له بجميع المال إلا قيمة العبد والآخر بألف درهم.

ولو أجاز الأجنبي وصية القاتلين لم يضره ذلك شيئا ولا ينفعهما؛ لأن العبد استحق بالوصية، فخرج من أن يكون محلا لما سواها من الوصية، فلا يظهر فيه حكم وصية القاتلين.

وكذلك رجل أعتق في مرضه عبدا، وأوصى مع ذلك بوصايا، وأوصى بجميع ماله أيضا لرجل، بدئ بالعتق، ثم يقسم ما بقي من المال بين أصحاب الوصايا، فيضرب الموصى له بجميع المال بما بقي من المال بعد العبد، ولا يضرب بقيمة العبد؛ لأن العبد استحق بوصية قوية، فبطل فيه الوصية بجميع المال ضربا واستحقاقا.

ولو أجاز العبد وصايا القوم لا تعتبر إجازته، لما قلنا، كذلك هنا.

ولو أوصى لامرأته بنصف ماله، و أوصى[1] لأجنبي بنصف ماله، أو أوصى لهما بجميع ماله بينهما، والمسألة بحالها، يبدأ بالأجنبي، فيعطى له الثلث، وللمرأة ربع ما بقي بجعل المال ستة. يدفع الثلث إلى الموصى له وذلك سهمان، وإلى المرأة ربع ما بقي سهم واحد، ويقسم الباقي بينهما أسباعا؛ لأنه أوصى للمرأة بنصف المال ثلاثة أسهم من ستة، وللأجنبي كذلك. ولها بحكم الميراث سهم من ماله من الوجه الذي قلنا، نصف هذا السهم في الثلاثة التي أوصى بها للأجنبي، ونصف السهم في الثلاثة التي أوصى بها للمرأة.

فإذا كان لها بحكم الميراث نصف سهم في الثلاثة التي أوصى بها للمرأة، لم تصح الوصية للمرأة بنصف سهم؛ لأن ما كان مستحقا لها بحكم الميراث، لا تستحقه بحكم الوصية، فإذا لم تعتبر وصيتها في نصف سهم، بقيت وصيتها في سهمين ونصف، ووصية الأجنبي ثلاثة أسهم، وقد وصل الأجنبي سهمان، بقي حقه في سهم، وحق المرأة في سهمين ونصف، فاجعل كل نصف سهم سهما، فصار حقهما في سبعة، فيقسم الباقي بينهما على سبعة. وقسمة ثلاثة[2] لا يستقيم على سبعة، فيضرب أصل المسألة، وذلك ستة في سبعة، فصار اثنين وأربعين، يبدأ بالأجنبي، فيعطى له ثلث المال أربعة عشر، ويعطى للمرأة ربع ما بقي سبعة، بقي أحد وعشرون، للمرأة خمسة عشر، ثلاثة[3] أسباع الباقي، وللأجنبي سبعاه ستة، فسلم للأجنبي عشرون، وسلم الباقي لها، هكذا ذكر في

---

(١) "أوصى" ساقط من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "وقسمة ثلاثة على سبعة لا يستقيم".

(٣) وفي (ج) و (د): "خمسة".

الكتاب، ولم يذكر فيه خلافا، وهو قول الكل.

أما عندهما: فلأن استحقاق المرأة السهم بحكم الميراث لا يبطل وصية الأجنبي في الضرب، فيضرب الأجنبي بجميع حقه.

وأما عند أبي حنيفة: الاستحقاق بحكم الميراث إنما يبطل الضرب بالوصية، إذا حصلت الوصية بما لا يملك الوصية به، ولا نسلم ذلك للموصى له إلا بإجازة، فإن ذلك يبطل بردّ الوارث.

أما إذا حصلت الوصية بما يملك الوصية به، ويسلم ذلك للموصى له بغير إجازة الوارث، فإنه يضرب بجميع حقه، وههنا أوصى للأجنبي بنصف ماله، ولا حق للوارث في نصف ماله، فلا تتعلق هذه الوصية بإجازة الورثة، فصار النصف هنا كالثلث في جميع الوصايا.

فإن أجازت المرأة وصية الأجنبي، يكون المال بينهما نصفين، ولأن حق الأجنبي كان في نصف المال، وإنما انتقص حقه؛ لأن المرأة أخذت سهما زائدا على النصف بحكم الميراث، وقد حوّلت ذلك إلى الأجنبي بالإجازة، فيكون المال بينهما نصفان[1].

ولو أوصى لهما بثلثي المال بينهما ولم يجيزا[2]، كان للأجنبي ثلث المال؛ لأن وصيته مقدمة على الكل، وللمرأة ربع ما بقي بحكم الميراث، بقي نصف المال، وقد أوصى لامرأته بالثلث، فتأخذ الثلث، بقي سدس المال خاليا عن الوصية والميراث، فيوضع في بيت المال.

---

(١) "نصفان" ساقط من (ج) و (د)

(٢) "لم يجيزا" ساقط من (ج) و (د)

ولو أوصى لهما بخمسة أسداس ما له بينهما، كانت المسألة من اثنى عشر، لأنه لما أوصى لها لخمسة أسداس المال [1]، فقد أوصى لكل واحد منهما بسدس ونصف، وذلك من اثني عشر، لكل واحد منهما خمسة، فيأخذ الأجنبي ثلث المال أولا، بقي حقه في سهم، وللمرأة ربع ما بقي سهمان، يبقى ستة، يأخذ الأجنبي سهما واحدا تمام وصيته، يبقى خمسة، يكون ذلك للمرأة بالوصية، وفي المحل وفاء بالحقين لا يحتاج فيه إلى ضرب وتكلف.

ولو ماتت المرأة، وتركت زوجا لا وارث لها غيره، وأوصت لزوجها ولأجنبي بجميع مالها، أو أوصت لكل واحد منهما بنصف المال، يجعل المال ستة لحاجتنا إلى مال له ثلث، ولثلثه نصف، وأقله ستة، نبدأ بالأجنبي، فندفع إليه الثلث، ويأخذ الزوج نصف ما بقي سهمان، يقسم بين الزوج والأجنبي أثلاثا، لأنه أوصى لكل واحد منهما بثلثه.

فإذا أخذ الأجنبي أولا الثلث وصل إليه سهمان، بقي حقه في سهم واحد، والزوج أخذ سهمين بحكم الميراث، سهم من محل وصيته، وسهم من محل وصية الآخر، فإذا أخذ من محل وصيته سهما بطريق الميراث، لا تعتبر وصيته بقدر ذلك لما ذكرنا، فكانت وصيته بسهمين.

فإذا كانت وصيته بسهمين، وقد بقي للأجنبي سهم من وصيته، يقسم الباقي بعد الميراث بينهما أثلاثا، وإذا صار ثلث المال أثلاثا كان كل المال تسعة. أخذ الأجنبي أولا مرة ثلاثة، ومرة سهما واحدا، وذلك أربعة من تسعة. وأخذ الزوج بطريق الإرث ثلاثة،

---

(١) كذا في الأصل، والعبارة: "أسداس ما له بينهما كانت المسألة منه اثنى عشر لأنه لما أوصى لها لخمسة أسداس المال" ساقطة من (ج) و (د).

وسهمين بحكم الوصية ، فذلك خمسة وهذا قول الكل .

أما عندهما ، فلأن الاستحقاق بالميراث لا يبطل الضرب بالوصية ، فيضرب الأجنبي بجميع وصيته .

وأما عند أبي حنيفة ، فلأنه أوصى للأجنبي بما يملك الإيصاء به ، وهو نصف المال ، وفي مثل هذا يضرب الموصى له بجميع وصيته ، واستوضح هذه المسألة فقال :

ألا ترى أن رجلا لو ترك ابنا ، وأوصى لرجل بثلث ماله ، وأوصى لرجل آخر بثلث ماله ، فلم يجز الابن وصيتهما ، ضرب كل واحد منهما في الثلث بجميع الثلث ، حتى كان الثلث بينهما ، وإن كانت هذه وصية لهما بثلثي المال ، حتى لو أجاز الابن وصيتهما أخذ كل واحد منهما ثلثا كاملا ، فقد صار موصيا لهما بثلث المال من حق الابن ، لكن لما كانت وصية كل واحد منهما بما يملك الإيصاء به ، وهو الثلث ، ضرب كل واحد منهما بجميع وصيته ، كذلك هنا .

وإذا قتل رجل لا وارث له ، وأوصى لقاتله بجميع ماله ، ولأجنبي بجميع ماله ، فللأجنبي ثلث المال وللقاتل الثلث ؛ لأن وصيته للأجنبي بقدر الثلث لا تتوقف على الإجازة ، فيأخذ ثلث المال أولا ، وما أخذ الأجنبي بالوصية القوية يبطل وصية القاتل به ضربا واستحقاقا ، فأبقيت وصية كل واحد منهما بثلثي المال ، واستوت وصية كل واحد منهما في ذلك ، فكان الباقي بينهما نصفيان .

وعند أبي يوسف لا حق للقاتل .

رجل مات وترك أما وبنتا ، أو عمة ، أو مولى عتاقة ، أو موالاة ، وأوصى لأجنبي بجميع ماله ، كان الثلث للموصى له ، والباقي لمن ذكرنا ؛ لأن الوصية بما زاد على الثلث إنما تصح إذا لم يكن ثمة وارث يحرز كل المال ، وهؤلاء يحرزون كل المال ، فلا تنفذ

الوصية بما زاد على الثلث من غير إجازتهم.

رجل مات وترك امرأة لا وارث له غيرها، وترك عبدين، قيمة كل واحد منهما ثلثمائة، وأوصى للمرأة بأحد العبدين بعينه، فلها العبد بالوصية، ونصف العبد للآخر بالميراث، والباقي لبيت المال؛ لأنه يملك الوصية بما زاد على حق الوارث، وحق المرأة في الربع، فيملك الوصية بما زاد عليه، وكما يملك الوصية يملك جمع ذلك في عين واحد، ألا ترى أن الميت لما ملك الوصية بثلث المال في سائر الوصايا ملك الجمع في شيء بعينه، فصار نصف المال هنا بمنزلة الثلث في سائر الوصايا.

وإذا تعين أحد العبدين للوصية تعين الآخر محلا للإرث، فكان لها نصف هذا العبد للآخر بحكم الميراث؛ لأنه [ربع][1] جميع المال، بقي النصف خاليا عن الميراث والوصية، فيوضع في بيت المال.

وكذا لو كان أوصى لأجنبي بأحد العبدين بعينه، والمسألة بحالها، كان العبد الموصى به للأجنبي، وللمرأة نصف العبد الآخر، ويوضع النصف الآخر في بيت المال.

وحكي أن عيسى بن أبان رحمه الله طعن في هذه المسألة، وقال: ينبغي أن يكون للمرأة ثلث العبد الآخر، وثلثاه يوضع في بيت المال، وكتب ذلك إلى محمد حين كان بالرقة، فكتب إليه محمد أن الأمر كما قلت، وصحّحه.

ووجه ذلك: أن الوصية للأجنبي بقدر الثلث تقدم على الميراث، فيعطى للأجنبي ثلث التركة، وهو ثلثا العبد، بقي تركة الميت عبدا وثلث عبد، فيعطى للمرأة ربع ذلك، وهو ثلث عبد لكن من العبد الآخر، لا من العبد الذي أوصى به للأجنبي؛ لأن للميت أن

---

(١) ما بين المعكوفتين زيدت من (ج) و (د).

يجمع الوصية في عين، يبقى بعد الميراث ثلث هذا العبد الذي أوصى به للأجنبي، وثلثا العبد الآخر، فيدفع هذا الثلث إلى الموصى له تكميلا لوصيته، ويوضع ثلثا العبد الآخر في بيت المال.

من المشايخ من قال بأن ما قال عيسى قياس، وما قاله محمد في الكتاب استحسان. وجه القياس ما ذكرنا.

وجه الاستحسان: أن الوصية للأجنبي أقوى من الوصية للوارث.

ثم في الوصية الضعيفة، وهو ما إذا أوصى بأحد العبدين للمرأة، لا يوضع في بيت المال إلا نصف العبد، ففي القوية أولى أن لا يوضع أكثر من ذلك.

ومنهم من قال: الصحيح ما قال عيسى، وإنما أجاب محمدٌ بهذا؛ لأنه وضع المسألة فيما إذا أوصى بأحد العبدين لأجنبي قتل المرأة ولم تعف عنه، وإليه أشار في الكتاب، فإنه عطف عليه الوصية لقاتل عفا عنه، فكان هذا في قاتلٍ لم يعف عنه.

وعلى هذا التأويل يصح هذا الجواب؛ لأن الوصية للقاتل مؤخّرة عن الميراث كالوصية للوارث، فتأخذ المرأة ربع المال، وذلك نصف العبد الآخر، ويأخذ القاتل جميع العبد الموصى به لخلوه عن الميراث، بقي نصف العبد فيوضع في بيت المال.

وكذا لو أوصى بأحد العبدين بعينه لقاتله عمدا، وقد عفا عنه؛ لما ذكرنا، وإنما وضع المسألة في قتل العمد؛ لأنه لو كان خطأ يزداد ماله.

فإن قالت المرأة: أنا آخذ بالميراث ربع كل واحد من العبدين، لم يكن لها ذلك؛ لما قلنا أن الميت يملك الوصية بثلاثة أرباع ماله، وثلاثة الأرباع بمنزلة ثلث المال في حق من له ابن. ولو أوصى بعبد يخرج من ثلث ماله، لم يكن للإبن أن يأخذ ثلثي العبد بالميراث

كذلك ههنا. ولأن المرأة في هذا القول متعنتة قاصدة للإضرار بالموصى له من غير أن يكون لها فيه منفعة؛ لأن اجتماع نصيبها في عبد واحد، يكون أنفع من التفرق في العبدين، فلا يلتفت إليها.

ولو مات الرجل، وترك عبدين، وأوصى بأحدهما لأجنبي، وأوصى بالآخر للمرأة، وليس له وارث غيرها، يبدأ بالأجنبي، فيعطى له ثلثا عبده؛ لأن الوصية للأجنبي بقدر الثلث مقدمة على الميراث وعلى الوصية للوارث، وثلث ماله ثلثا عبد واحد فيعطى له ذلك من محل وصيته لما قلنا.

بقي مال الميت ثلث هذا العبد والعبد الآخر للمرأة بحكم الميراث ربع ما بقي، فجعلنا كل عبد اثني عشر ليكون له ثلث ولثلثه ربع، وإذا صار كل عبد اثني عشر، صار مال الميت أربعة وعشرين، يعطى للموصى له ثلث مال الميت وهو ثمانية من العبد الذي أوصى له به، بقي حقه في أربعة أسهم، ويعطى للمرأة بحكم الميراث ربع ما بقي وذلك أربعة أسهم، ثلاثة أسهم[1] من العبد الذي أوصى لها به، وسهم واحد[2] من العبد الآخر، يبقى من التركة اثنا عشر سهما، فإذا استحقت من محل وصيتها ثلاثة أسهم بطريق الميراث، بطلت وصيتها في ذلك القدر وبقيت وصيتها بتسعة أسهم من اثني عشر سهما من العبد، وبقي للأجنبي من وصيته أربعة أسهم، فكان حقهما جميعا في ثلاثة عشر سهما، فيقسم الباقي، وهو اثنا عشر سهما بينهما على ثلاثة عشر، وذلك لا يستقيم، فضربنا أصل الحساب، وذلك أربعة وعشرون في ثلاثة عشر، يصير ثلثمائة واثني عشر، فهذا كل

---

(١) "أسهم" ساقط من (ج) و (د)

(٢) "واحد" ساقط من (ج) و (د)

المال، كل عبد مائة وستة وخمسون، سلم للأجنبي ثلث مال الميت حالة، وأربعة من العبد الموصى به.

بقي مال الميت مائتان وثمانية، للمرأة بحكم الميراث ربع ما بقي وذلك اثنان وخمسون، بقي من المال مائة وستة وخمسون، يقسم بين الأجنبي والمرأة على ثلاثة عشر، كل سهم اثنا عشر، للأجنبي أربعة أسهم، وذلك ثمانية وأربعون، لكن من محل وصيته، وللمرأة تسعة أسهم من محل وصيتها، كل سهم اثنا عشر، فيكون مائة وثمانية، وقد أخذت بحكم الميراث اثنين وخمسين، فكان جميع ما سلم لها مائة وستة وخمسين من العبد الذي أوصى لها، وأربعة أسهم من العبد الآخر، وسلم للأجنبي من عبده مرة مائة وأربعة، ومرة ثمانية وأربعون، فكان له في الحاصل مائة واثنان وخمسون.

ولا يقال: بأنها أخذت في الانتهاء من محل وصيتها بطريق الميراث أكثر مما جعلنا لها في الابتداء، فإنا جعلنا ميراثها في الابتداء أربعة أسهم، ثلاثة من محل وصيتها، وسهما من العبد الآخر كل سهم في ثلاثة عشر، فصار سهام الميراث اثنين وخمسين، سبعة وثلاثون سهما من ذلك في محل وصيتها، وثلاثة عشر سهما في العبد الآخر، وفي الانتهاء لم تأخذ المرأة من العبد الآخر إلا أربعة أسهم، فكان سهام الميراث من محل وصيتها ثمانية وأربعين، وإذا كثر سهام الميراث في محل الوصية ينبغي أن ينقل سهام الوصية عنه.

لأنا نقول: إنما ننظر إلى ميراثها قبل القسمة، فنرفع ذلك من وصيتها، ثم نقسم الوصية على ما بقي، فما أصاب الأجنبي يأخذ[1] من محل وصيته، وما أصاب المرأة

---

(١) "يأخذ" ساقط من (ج) و (د)

نجعل في عين واحد نظرا لهما.

امرأة ماتت، وتركت زوجا لا وارث لها غيره، وتركت عبدين قيمتهما سواء، وأقرّت بأحدهما بعينه لزوجها في مرض الموت، وصدقها الزوج، فإن الزوج يأخذ العبد المقر به ونصف العبد الآخر؛ لأنها لو أوصت بأحد العبدين لزوجها صحت وصيتها، فيصح إقرارها لانتفاء التهمة، وإذا صح الإقرار خرج هذا العبد عن التركة، وبقيت تركة الميت العبد الآخر، فيأخذ الزوج نصفه، ويوضع النصف في بيت المال.

بخلاف ما إذا أوصت لزوجها بأحد العبدين بعينه، فإنه يأخذ العبدين جميعا، أحدهما بحكم الوصية، والآخر بحكم الميراث، لأنه لا يخرج عن التركة بالوصية، والوصية للوارث مؤخر عن الميراث [1]، فكان الحكم ما ذكرنا.

وكذا لو أقرّت له بدين صح إقرارها، فيباع أحد العبدين بالدين إن كان بثمنه وفاء بالدين، ويأخذ نصف الباقي بحكم الميراث، ويكون النصف لبيت المال.

ولو أقرّت بأحد العبدين بعينه لقاتلها عمدا، وقد عفت عنه، كان العبد المقر به للقاتل والعبد الآخر للزوج؛ لأن إقرارها للقاتل بالدين والعين لا يصح في حق الزوج، دفعا للمغايظة عن الزوج، والإقرار للقاتل والوصية له سواء، فيأخذ الزوج ميراثه، وهو النصف من جميع التركة لكن من غير محل الإقرار. بقي النصف الآخر فارغا عن حق الوارث فيعمل فيه إقرارها للقاتل.

بخلاف ما لو أقرّت لزوجها؛ لأن الإقرار للزوج إنما لا يصح لمكان التهمة، ولا تهمة

---

(١) كذا في الأصل، وقوله: "لأنه لا يخرج عن التركة بالوصية والوصية للوارث مؤخر عن الميراث فكان" ساقط من (ج) و (د).

في حق الزوج فخرج المقر به عن الميراث .

وإذا هلكت المرأة وتركت زوجا لا وارث لها غيره ، وأوصت لأجنبي بثلثي مالها ، ولقاتلها بثلثي مالها ، فإنه يبدأ بالأجنبي ، فيأخذ ثلث المال ؛ لأن وصية الأجنبي بقدر الثلث مقدمة على الميراث ، بقي ثلثا المال ، يأخذ الزوج نصف ما بقي ، وهو الثلث ؛ لأن الميراث مقدم على الوصية للقاتل ، يبقى ثلث المال يضرب فيه الأجنبي ببقية وصيته ، وهو الثلث ، والقاتل بثلثي المال في قول محمد ، لأن عنده الاستحقاق بالميراث ، لا يبطل الضرب بالوصية ، فيضرب بجميع وصيته ، فيصير هذا الثلث بينهما أثلاثا ، ويصير المال تسعة ، يأخذ الأجنبي أولا ثلاثة ، ويأخذ الزوج ثلاثة ، بقي ثلاثة بين الأجنبي والقاتل ، فحصل للأجنبي أربعة أتساع المال ، وللقاتل تسعا المال ، وللزوج ثلث المال .

وعند أبي حنيفة القاتل لا يضرب بوصيته بما صار مستحقا للزوج بالميراث ، وإنما يضرب بما بقي ، وهو الثلث ، والأجنبي كذلك ، فيصير الثلث بينهما نصفيان ، والقسمة من ستة ، للأجنبي نصف المال ، وللزوج سهمان ، وللقاتل سهم .

فإن أجاز الزوج وصيتهما ، يقسم نصيب الزوج بالميراث بينهما على ما بقي قبل إجازة الزوج ، كانت المسألة في قول أبي حنيفة من ستة ، حق الأجنبي كان في ثلثي المال ، أربعة من ستة ، وصل إليه مرة سهمان ، ومرة سهم ، فإنما بقي حقه في سهم ، وحق القاتل كان في أربعة وصل إليه سهم ، بقي حقه في ثلاثة .

وفي مثل هذا عند أبي حنيفة يقسم بطريق المنازعة ، ومعنا من المال سهمان ، فقد فرغ عن منازعة الأجنبي سهم ، فيسلم ذلك للقاتل ، وسهم آخر استوت منازعتهما فيه ، فكان بينهما انكسر بالإنصاف ، فتصير المسألة من اثني عشر ، ويكون للأجنبي سبعة وللقاتل خمسة .

وأما عند محمد قبل إجازة الزوج كانت المسألة من تسعة ، حق الأجنبي كان في ستة وصل إليه مرة ثلاثة ، ومرة سهم ، بقي حقه في سهمين ، وحق القاتل أيضا كان في ستة ، وصل إليه سهمان بقي حقه في أربعة .

فإذا أجاز الزوج ، يقسم نصيب الزوج ، وذلك ثلاثة بينهما أثلاثا ، للأجنبي سهم وللقاتل سهمان ، فسلم للأجنبي خمسة من تسعة وللقاتل أربعة .

امرأة قتلها زوجها عمدا فعفت عنه ، وأوصت بنصف مالها لأجنبي ، فالنصف للأجنبي والنصف لبيت المال ؛ لأن الزوج بحكم الميراث خرج من أن يكون وارثا ، فهذه تركة من لا وارث لها ، فجازت وصيتها للأجنبي ، فيكون نصف المال للأجنبي والنصف لبيت المال .

ولو أوصت بمالها لزوجها كان المال له بحكم الوصية في قول أبي حنيفة ؛ لأنه صار محروما عن الميراث والتحق بالأجانب ، ولو كان القاتل أجنبيا جازت الوصية له في قول أبي حنيفة ومحمد ، فكذلك الزوج .

ولو قتلها زوجها ولها ابن ، فقال الابن أجزت أن يرث الزوج القاتل معي ، كان باطلا ، ولا يرث الزوج منها ؛ لأن الشرع أخرج القاتل من أن يكون وارثا ، فلا يملك الابن تغيير ذلك .

امرأة قتلت عمدا ، وعفت عن قاتلها ، وتركت عبدا قيمته ألف درهم ، وزوجا لا وارث لها غيره ، وأوصت بأن يباع العبد من قاتلها بمائة درهم ، وأبى الزوج أن يجيز ، قال : يباع العبد من القاتل بخمسمائة ، وتكون الخمسمائة ميراثا للزوج ، وهذا قول محمد ، لأن عنده نفس البيع ليس بوصية ، فإن عنده يجوز بيع المريض من وارثه بمثل القيمة ، إنما الوصية في المحاباة ، فصار كأنها باعت العبد من القاتل بألف درهم ، وحطت

عنه تسعمائة، فيصح حط الخمسمائة؛ لأنها تملك الوصية للقاتل بنصيب بيت المال، ونصف المال حصة بيت المال، وبطل الحط فيما هو حق الوارث فلهذا يباع العبد من القاتل بخمس مائة، ويكون[1] ذلك للزوج؛ لأنه بدل حقه.

فإن قيل: يجب أن يباع العبد منه بخمسمائة وخمسين؛ لأنها أوصت بأن يباع العبد منه بمائة، فقد أوصت بأن يباع كل نصف منه بخمسين، فصح أمرها بذلك في نصيب بيت المال، ولا يصح في نصيب الزوج، فيباع الكل منه بخمسمائة وخمسين، نصيب بيت المال بخمسين، ونصيب الزوج بخمسمائة.

قلنا: والجواب عن هذا أن قول الموصي أمر بالمحاباة والمبادلة، وهو يملك المحاباة في نصيب بيت المال، ولا يملك في نصيب الزوج ويملك فيه المبادلة، فانصرفت المبادلة إلى ما يملك المبادلة، والمحاباة إلى ما يملك المحاباة ليكون متصرفا فيما يملك.

وإن أبى القاتل أن يشتري كان نصف العبد للزوج، والنصف لبيت المال؛ لأن المحاباة وصية في ضمن البيع، فإذا لم يثبت البيع، لم يثبت ما في ضمنه.

وعند أبي يوسف يباع كل العبد من القاتل بألف إن شاء؛ لأن عنده نفس البيع ليس بوصية كما قال محمد، فيباع كل العبد منه بألف، ولا يحط شيء من الثمن؛ لأن المحاباة وصية، وعنده الوصية للقاتل لا تصح أصلا، فلا يحط شيء من الثمن، ويكون نصف الثمن للزوج والنصف لبيت المال.

وأما عند أبي حنيفة نصف العبد يكون للزوج، ويقال للقاتل: إن شئت فخذ النصف

---

(١) كذا في الأصل، وقوله: وبطل الحط فيما هو حق الوارث فلهذا يباع العبد من القاتل بخمس مائة. ساقط من (ج) و (د).

بخمسين درهما، وإن شئت فدع؛ لأن عنده نفس البيع وصية ولهذا قال:

لو باع المريض من وارثه بمثل القيمة أو أوصى بأن يباع منه، لا تصح كما لا تصح الوصية للوارث بغير إجازة الورثة، لا تصح للقاتل، فلهذا كان نصف العبد للوارث، بقي نصف العبد فارغا عن حق الوارث، فجازت الوصية للقاتل على بيت المال، وقد أوصت بأن يباع النصف بخمسين، فإن شاء أخذ النصف بخمسين، ويصرف ذلك إلى بيت المال، وإن أبى أن يأخذ، بطلت وصيته؛ لأن المحاباة وصية في ضمن البيع، فلا تثبت بدون البيع فيكون نصف العبد للزوج، والنصف لبيت المال.

وكذا لو باعت العبد في مرضها من قاتلها بمائة درهم، فهو والوصية سواء.

وكذا لو أوصت بأن يباع العبد من زوجها بمائة درهم، فإنه يباع العبد منه بمائة، وتكون المائة له أيضا.

قال بعض مشايخنا: هذا قول أبي يوسف ومحمد، أما على قول أبي حنيفة يعطى الزوج نصف العبد لحما ودما، ويباع النصف منه بخمسين درهما إن شاء، ويكون لبيت المال؛ لأن عند أبي حنيفة نفس البيع وصية، فلا تصح في نصيب الوارث، وتصح في نصيب بيت المال، كما لو أوصت بذلك للقاتل.

أما عند أبي يوسف ومحمد نفس البيع ليس بوصية، إنما الوصية في المحاباة، فجعل كأنها قالت: بيعوا العبد منه بألف درهم، وحطوا عنه تسعمائة. ولو قالت هكذا يباع العبد منه بمائة، وتصرف المائة إلى الزوج، لما ذكرنا أن الميت يملك الوصية بنصيب بيت المال بغير بدل، ولا يملك ذلك في نصيب الوارث، فانصرفت المائة إلى نصيب الزوج فكانت المائة بدل ملكه، فتصرف إليه.

كما لو أوصى بأن يباع من فلان الأجنبي بمائة، فإنه يباع منه بثلثي قيمته إن شاء ذلك

الأجنبي، ويكون نصف الثمن للزوج، والنصف لبيت المال كذلك هنا يصرف الثمن إلى مالا يملك الإيصاء به.

والأصح أن هذا قول الكل؛ لأن البيع وإن كان وصية في قول أبي حنيفة إلا أن الوصية للوارث إنما لا تصح لحق غيره من الورثة، فإذا لم يكن لها وارث آخر، وهو يجيز وصية نفسه، جازت الوصية أما الوصية للقاتل لا تجوز لحق الوارث فلهذا افترقا.

فإن قيل: كيف يباع العبد منه وأنه ملك نصف العبد لحما ودما بالميراث، وكيف يؤخذ منه الثمن بدلا عن ملكه.

قلنا: إنما يباع العبد منه لتسلم المحاباة في نصيب بيت المال، فإن ذلك لا يحصل إلا ببيع كل العبد منه، وشراء الانسان ملكَ نفسه جائز إذا كان فيه فائدة، كما لو اشترى رب المال شيئا من مال المضاربة، فإنه يجوز، وإن لم يكن فيه ربح لفائدة استخلاص الملك، وكذا المولى إذا اشترى شيئا من كسب عبده المأذون المديون وإن لم يكن الدين مستغرقا.

ولو أوصت بأن يباع نصف العبد من قاتلها بخمسين درهما، فإنه يباع النصف بخمسين درهما، ثم يقسم الخمسون ونصف العبد بين الزوج وبيت المال على أحد عشر سهما، سهم لبيت المال، وعشرة للزوج في قول محمد؛ لأن عنده نفس البيع ليس بوصية، إنما الوصية في المحاباة، فصحت الوصية بالبيع في النصيبين شائعا، بقيت المحاباة وخمسين، فيجب صرف ذلك إلى ما تملك الوصية به، وهو نصيب بيت المال لما ذكرنا، والمبادلة بخمسين شائعة في النصيبين، فإذا انصرفت المحاباة إلى نصيب بيت المال، بقي حق بيت المال في خمسين، وحق الزوج في خمسمائة؛ لأن حقه في النصف الشائع من العبد، فيجعل كل خمسين سهما، فصار حق الزوج عشرة أسهم، وحق بيت المال سهما واحدا، وصارت الجملة أحد عشر سهما.

وأما على قول أبي حنيفة نفس البيع وصية، فتنصرف الوصية إلى ما هو فارغ عن حق الوارث، وهو نصيب بيت المال، فصار نصف العبد ميراثا للزوج وانصرف البيع إلى نصيب بيت المال، فكان الخمسون لبيت المال؛ لأنه بدل ملك بيت المال.

وكذا لو أوصت بأن يباع نصف العبد من زوجها بخمسين درهما، كان الحكم ما قلنا؛ لأن وصيتها بالبيع والمحاباة لم تزد على نصف المال، وأنها تملك الوصية بنصف المال، فيباع نصف العبد بخمسين درهما كما قالت. ثم يكون نصف العبد وخمسون درهما بين الزوج وبيت المال على أحد عشر سهما.

ولو أوصت بأن يباع العبد من قاتلها بمائة درهم، فإن أبى الزوج أن يجيز، ذكرنا أن على قول محمد يباع العبد من القاتل بخمسمائة، وكانت الخمسمائة للزوج وعلى قول أبي حنيفة يكون نصف العبد للزوج ويباع نصيب بيت المال بخمسين، وتكون الخمسون لبيت المال.

وإن أجاز الزوج وصيتها يباع كل العبد بمائة درهم، وتكون المائة بين الزوج وبين بيت المال نصفيان، لأنه لما أجاز، جازت وصيته بالبيع والمحاباة جميعا في النصيبين، فيباع نصيب الزوج منه بخمسين كما يباع نصيب بيت المال بخمسين في قول أبي حنيفة، ولم يذكر قول محمد في الإجازة.

قالوا ينبغي أن يباع كل العبد بمائة، وتكون المائة للزوج؛ لأن عنده نفس البيع بوصيته، إنما الوصية في المحاباة وقد حابت بتسعمائة، فصحت المحاباة في نصيب بيت المال، وذلك خمسمائة، وتوقفت المحاباة بأربعمائة على إجازة الزوج، فإذا أجاز نفذ فلهذا كانت المائة له.

وأما عند أبي يوسف نفس البيع ليس بوصية، والمحاباة وصية، وأنها لا تصح للقاتل

عنده فيقال للقاتل: إما أن تشتري العبد بألف وإلا فلا شيء لك.

ولو أوصت بأن يباع كل العبد من أجنبي بمائة درهم، فلم يجز الزوج، يباع كل العبد بثلث الألف، ويكون ذلك للزوج؛ لأن الوصية للأجنبي بقدر الثلث تقدم على الميراث، ثم نصيب الزوج نصف ما بقي وهو ثلث المال، والثلث لبيت المال، وهي تملك الوصية بذلك، فكان لها حق الوصية بقدر الثلثين، فنفذت المحاباة بقدر الثلثين، فلهذا يباع العبد بثلث الثمن، ويكون ذلك للزوج، وإن أجاز الزوج بيع كله بمائة، ويكون للزوج لما ذكرنا.

ولو أوصت بأن يباع نصف العبد من أجنبي بمائة يباع نصفه بمائة، كما أوصت، ويقسم نصف العبد مع المائة بين الزوج وبيت المال على تسعة أسهم، خمسة أسهم للزوج وأربعة لبيت المال؛ لأن نفس البيع من الأجنبي ليس بوصية عند الكل، إنما الوصية في المحاباة، وقد حابت بأربعمائة، وثلث مال الميت فارغ عن حق الوارث، وعن حق بيت المال.

فنفذت الوصية أولا بقدر ثلث المال، وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، بقي مال الميت ثلثا الألف وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان بين الزوج وبين المال نصفان، وقد بقي من المحاباة إلى تمام أربعمائة ستة وستون وثلثان، وأنها تملك الوصية على بيت المال، فتنفذ ما بقي من المحاباة من نصيب بيت المال، يبقي من نصيب المال مائتان وستة وستون وثلثان، وحق الزوج في ثلث الألف، فجعل كل ستة وستين وثلثي سهم سهما، فيصير حصة الزوج وهو ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث خمسة أسهم، وحصة بيت المال، وذلك مائتان وستة وستون وثلثان أربعة أسهم، فيصير جملة ذلك تسعة أسهم، فلهذا تقسم المائة ونصف العبد على تسعة أسهم.

رجل أعتق عبدا له في مرض موته، وأوصى بوصايا، يبدأ بالعتق؛ لأن العتق الموقع

أقوى، فيبدأ به، ثم يقسم ما بقي بين أرباب الوصايا على قدر حقوقهم، يضربون بما بقي من المال بعد العتق؛ لأن الاستحقاق بالوصية القوية يبطل حق أصحاب الوصايا في الضرب، فيضربون بما بقي من حقوقهم بعد العتق، ولا يضربون بجميع حقوقهم.

ـ والله تعالى أعلم بالصواب ـ

باب الوصية بنصيب ابن لو كان، أو بمثل نصيب ابن فيجيز الورثة أولا يجيزون[1] أو يجيزها بعضهم

بنى الباب على أن الوصية بنصيب الوارث المعدوم جائزة، ويكون ذكر نصيبه لتقدير الوصية[2].

وذكر في الباب فصولا سبعة[3]:

أما الفصل الأول:

قال: رجل مات وترك ابنا وأما، وأوصى لرجل بنصيب ابنة لو كانت، فالوصية من سبعة عشر سهما، خمسة أسهم للموصى له، وللأم سهمان وللإبن عشرة.

ووجه ذلك أنه لو لم يكن هنا وصية، كانت المسألة من ستة أسهم، للأم سهم[4]،

---

(١) ورد في الأصل: "فيجيز الورثة أو لايجيزوا"، والمثبت من (ج) و (د)، وهو الصواب.

(٢) فإنه جعل نصيب الوارث المعدوم معيارا للوصية، فصحّت وصيته. ومسائل هذا الباب ترجع إلى بيان استخراج القدر المستحق من الوصية بالمجهول، بالحساب، وقد سبق الكلام على أصل هذا الباب، راجع ص ٨٠٧ و ٨٧٣، وانظر: «مختصر الطحاوي» ص ١٥٧، «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٥٦، «المبسوط» ٢٨/ ٥٠، «فتح القدير» ٨/ ٤٤٣.

(٣) الملحوظ أن الشارح رحمه الله صرّح بالفصل الأول والثاني فقط، من هذه الفصول السبعة، واكتفى بالباقي ضمنا، عند عرضه لمسائل الباب.

(٤) وفي (ج): "أسهم"، وهو خطأ.

وللإبن خمسة، فإذا أوصى بنصيب ابنة لو كانت، ونصيب البنت يكون نصف نصيب الابن يزاد على الفريضة سهمان ونصف، فيصير ثمانية ونصف، فضعفه لأجل الكسر، فيصير سبعة عشر، للموصى له من ذلك خمسة، وهذه وصية بأقلّ من الثلث، فتقدم على الميراث فيعطى له خمسة، يبقى اثنا عشر يعتبر سهام الميراث فيما بقي، ويقسم الباقي بينهما أسداسا عشرة للابن وسهمان للأم.

فإن قيل: ينبغي أن يعطى الموصى له خمسة أسهم من ثمانية عشر؛ لأنه أوصى له بنصيب ابنة لو كانت، ولو كانت البنت موجودة، كانت المسألة من ثمانية عشر، للبنت من ذلك خمسة، وللأم ثلاثة.

والذي يؤيّد هذا ما ذكر في «الجامع الكبير»[1] فقال: رجل مات وترك ابنتين وعما، وأوصى لرجل بنصيب ابنة لو كانت، كان للموصى له تسعا المال من سبعة وعشرين، ويكون الباقي بين العم وبين الابنتين أثلاثا، للعم سبعة أسهم، ولكل ابنة سبعة؛ لأنه لما أوصى بنصيب ابنة لو كانت، يجعل كأنه مات عن ثلاث بنات وعم، فتكون المسألة أولا من تسعة، للعم ثلاثة أسهم، ولكل ابنة سهمان.

فإذا ظهر نصيب الإبنة الثالثة يعطى سهمان للموصى له، أوّلا يبقى سبعة، تعتبر

---

(١) لم أجد هذه المسألة في كتاب الوصايا من «الجامع الكبير» المطبوع بتحقيق الأستاذ أبو الوفاء الأفغاني، فلعلّها في نسخة أخرى كانت عند الشارح. وذكر الأستاذ أبو الوفاء في تقديمه أن «الجامع الكبير» له نسختان: الأولى والثانية، صنّفه أوّلا، ورواه عنه أصحابه: أبو حفص الكبير، وأبو سليمان الجوزجاني، وهشام بن عبيد الله الرازي، ومحمد بن سماعة، وغيرهم، ثم نظر فيه ثانيا، فزاد فيه أبوابا ومسائل كثيرة، وحرّر عباراته في كثير من المواضع حتى صار أكثر لفظا، وأغزر معنى، ورواه عنه أصحابه ثانيا. «الجامع الكبير» ص ٥.

سهام المواريث في ذلك، وتقسّم بين الورثة أثلاثا، وقسمة سبعة لاتستقيم على ثلاثة، فيضرب أصل المسألة في ثلاثة، يصير سبعة وعشرين، كان للموصى له سهمان، فصار له سبعة، يعطى له سبعة، ويقسم الباقي بين الورثة أثلاثا، فعلى قياس تلك المسألة ينبغي أن يكون للموصى له[1] خمسة أسهم من ثمانية عشر.

قلنا: لا وجه لهذا؛ لأنا لو جعلنا المسألة من ثمانية عشرة، ويعطى للموصى له خمسة، يبقى ثلاثة عشر، لو أعطينا الأم سدس جميع المال ثلاثة أسهم، لا يبقى للإبن خمسة أسداس المال، بل يبقى له عشرة من ثمانية عشر فيكون ضرر الوصية على الابن خاصة، وقسمة المال بين الأم وبين الابن أسداسا ثابت بنص الكتاب فلا يجوز تغييرها.

ولو قسمنا بقية المال بعد الوصية وذلك ثلاثة عشر بين الابن وبين الأم أسداسا، يكون للابن عشرة أسهم وخمسة أسداس سهم لم يكن نصيب البنت نصف نصيب الابن، وأنه خلاف ما ثبت في الكتاب، وخلاف ما أوجب الموصي، فلأجل هذه الضرورة جعلنا المسألة من سبعة عشر.

وأما مسئلة الجامع قالوا ما ذكر ثمة جواب القياس وما ذكر هنا جواب الاستحسان. ووجه الاستحسان ما ذكرنا من الضرورة.

الفصل الثاني:

* رجل مات عن امرأة وابن، وأوصى الرجل بنصيب ابن آخر لو كان وأجازت

---

(١) سقطت عبارة طويلة من قوله: "أولا يبقى سبعة" إلى قوله: "يكون للموصى له" في (ج) و (د)، وهو سقط من الناسخ.

الورثة، فللموصى له سبعة أسهم من خمسة عشر، وللمرأة سهم، وللابن ثمانية[1].

ووجه ذلك أن يصحح الفريضة أولا من ثمانية للمرأة سهم، وللابن سبعة، ثم تزيد لأجل الوصية مثل نصيب الابن سبعة فيصير خمسة عشر، للموصى له في ذلك تسعة، يبقى ثمانية بين الوارثين، وإنما ذكر الإجازة لأنها وصية بأكثر من الثلث[2]، فلا تنفذ من غير إجازة. وهذا على جواب الاستحسان.

أما على جواب القياس تكون المسألة من ستة عشر ويكون لموصى له من ذلك سبعة، كما لو مات وترك ابنين وامرأة.

وجه الاستحسان أنا لو جعلنا المال ستة عشر، ونعطي للموصى له سبعة، يبقى تسعة، فيكون للابن سبعة وسبعة أثمان سهم، فيؤدي إلى التغيير.

قال: وكذا لو ترك امرأة وابنا، وأوصى لرجل بمثل نصيبه؛ لأنه أوصى بمثل نصيب ابن قائم، والوصية بمثل نصيب ابن قائم والوصية بنصيب ابن آخر لو كان سواء، ولو كان البنون ثلاثة، كان لكل ابن ثلث المال.

استشهد فقال: ألا ترى أن رجلا لو كان له ابنان، وأوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بنصيب ابن ثالث لو كان، وأبت الورثة أن يجيزوا، كان للابنين ثلثا المال، والثلث بين الموصى لهما نصفين؛ لأن الوصية بنصيب ابن ثالث لو كان وصية بثلث المال، لأن نصيب ابن ثالث لو كان يكون ثلث المال، وإذا كانت هذه وصية بالثلث وقد أوصى لآخر أيضا بالثلث، فيكون الثلث بينهما نصفين.

---

(١) وفي (ج) و (د): "سبعة".

(٢) من قوله: "في ذلك تسعة" إلى: "بأكثر من الثلث" ساقط من (ج) و (د).

وهذا قول محمد، أما على قول أبي يوسف يقسم الثلث بينهما أخماسا، ثلاثة الأخماس للموصى له بالثلث، وخمساه للآخر.

ووجه ذلك أنه لو أجيزت الوصيتان كان للموصى له بالثلث ثلث المال، ثم يكون الباقي بين البنين الثلاثة أثلاثا، فيصير المال تسعة، للموصى له بالثلث ثلاثة أسهم، ولكل ابن سهمان، فإذا كان حق الموصى له بالثلث في ثلاثة أسهم، وحق الآخر في سهمين يتضاربان بذلك إذا لم تجز الورثة.

وإنما استشهد محمد رحمه الله بهذا، لبيان أن الوصية بنصيب ابن لو كان، وصية بمثل نصيب الابن القائم.

ثم فرع على مسئلة الاستشهاد فقال: ألا ترى أنه لو أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بمثل ابن ثالث لو كان، ولم تجز الورثة، كان الثلث بينهما على خمسة، لأنه قدر وصيته بنصيب ابن ثالث، وسوى بين الموصى له وبين الابن الثالث.

ولو كان البنون ثلاثة، كانت المسألة من تسعة، للموصى له بالثلث ثلث المال، ثلاثة أسهم من تسعة، والباقي بين البنين الثلاثة، لكل ابن سهمان.

إذا ثبت أن حق أحدهما في ثلاثة أسهم، وحق الآخر في سهمين، فإذا لم تجز الورثة، كان الثلث بينهما على خمسة على قدر حقهما، وإذا صار الثلث خمسة صار كل المال خمسة عشر.

والصحيح في هذا ما روي عن محمد في «النوادر»: أن الثلث يكون بينهما أسباعا، للموصى له بالثلث أربعة أسباعه، وللآخر ثلاثة أسباعه؛ لأن صاحب الثلث لو انفرد بالوصية كان له ثلث المال، والآخر لو انفرد بوصيته كان له ربع المال؛ لأنه أوصى بمثل نصيب ابن ثالث، فإذا لم يكن الابن الثالث موجودا يقدر موجودا؛ لأن التمثيل بالشيء

يقتضي وجوده، ثم يزاد على الثلاثة مثل نصيب أحدهم ضرورة أن مثل الشيء غيره، وكل ما ضمّ إليه مثل ثلثه كان المضموم ربعه، فكانت الوصية له بربع المال، فيحتاج إلى حساب، له ثلث وربع، وأقلّه اثنا عشر، حق صاحب الثلث في أربعة، وحق الآخر في ثلاثة أسهم، ويتضاربان بذلك عند عدم الإجازة، ويصير الثلث بينهما على سبعة.

وعلى قول أبي يوسف يقسم الثلث بينهما أثلاثا، لأنه لو أجيزت الوصية لهما، كان للموصى له بالثلث أربعة من اثني عشر، ويقسم الباقي بين البنين الأربعة، لكل ابن سهمان، فيكون للموصى له بالنصيب سهمان من اثني عشر، وللآخر أربعة، فيقسم الثلث بينهما أثلاثا، بخلاف الوصية بنصيب ابن ثالث؛ لأن ذلك وصية بالثلث على ما ذكرنا، ولأنه لما أوصى بنصيب ابن ثالث فقد سوّى بينه وبين كل واحد من الابنين، فكانت الوصية له بالثلث.

أما إذا أوصى بمثل نصيب ابن ثالث، فما سوّى بينه وبين أحد ابنيه، وإنما سوّى بينه وبين الابن الثالث.

فمحمد رحمه الله يعتبر في هذه المسائل حالة الاجتماع بحالة الانفراد، وأبو يوسف اعتبر حال عدم الإجازة بحالة الإجازة.

وأوضح محمد الفرق بين الوصية بنصيب وارث معدوم، وبين الوصية بمثل نصيب وارث معدوم فقال: ألا ترى أنه لو مات وترك ابنين، وأوصى لرجل بنصيب ابن ثالث، ولم يوص لغيره[1]، ولم يجز الابنان، كان للموصى له ثلث المال.

ولو أوصى بمثل نصيب ابن ثالث، كان للموصى له ربع المال.

---

(١) "لغيره" ساقط من (ج) و (د).

والفرق ما قلنا أنه لما أوصى بنصيب ابن ثالث، فقد سوى بينه وبين كل واحد من الابنين.

أما إذا أوصى بمثل نصيب ابن ثالث، لا يكون غرضه التسوية بينه وبين كل واحد من الابنين، بل غرضه التسوية بينه وبين الابن الثالث.

ولو مات وترك بنتا وأخا، وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان، وأجازا وصيته، كان للموصى له ثلثا المال، والباقي بين الأخ والبنت نصفان؛ لأنه أوصى بنصيب الابن.

ولو كان الابن موجودا، كان المال بينه وبين البنت أثلاثا، وكان الأخ محجوبا به، فإذا ظهر أنه أوصى بثلثي المال، كان له ثلثا المال عند الإجازة، ويقسم الباقي بينهما على ما كان بينهما عند عدم الوصية، لأن الزيادة على الثلث، استحقت عند الإجازة من نصيبهما، فيقسم الباقي بينهما على ما كان قبل الوصية.

فرق محمد بين هذه المسألة وبينما تقدم، فيما تقدم صحح الفريضة بين الوارثين أوّلا، ثم زاد على الفريضة نصيب الموصى له، وهنا لم يصحح الفريضة، ولم يزد على نصيبهما نصيب الموصى له، بل قدّر الابن موجودا، وجعل الأخ محجوبا به، وأعطى نصيب الابن للموصى له.

وإنما فعل هكذا؛ لأن هنا أوصى له بنصيب من يحجب الأخ، فلا يمكن تصحيح الفريضة بين الأخ والبنت، وزيادة نصيب الابن عليها؛ لأن الزيادة على الشيء تقتضي تعديد الأصل، والأخ لا يرث مع الابن، فلهذا قدّر الابن موجود، أو جعل الأخ محجوبا به، أما فيما تقدم أوصى له بنصيب من لا يحجب الوارثين القائمين، فأمكن أن يجعل الوصية زيادة على الفريضة.

ولو ترك بنتا وأخا، وأوصى لرجل بمثل نصيب ابن لو كان، فأجازا، كان للموصى

له خمسا المال، والباقي بين الأخ والبنت نصفين؛ لأنه أوصى له بمثل نصيب وارث معدوم، ومثل الشيء يقتضي وجود ذلك الشيء، فيقدر الابن موجودا، ويجعل كأنه مات عن ابن وبنت، فتكون المسألة من ثلاثة، ثم يزاد على الفريضة سهمان؛ لأن مثل الشيء غيره، فتصير المسألة [من][1] خمسة، فإذا أجازا، كان له سهمان من خمسة، والباقي بينهما نصفان على ما كان قبل الوصية، وإن لم يجيزا كان له الثلث، والباقي بينهما نصفان.

ولو ترك أخا وأختا، وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان، وأجازا، كان للموصى له كل المال، يقدر الابن موجودا، ويعطى للموصى له، ولو كان الابن موجودا كان له كل المال، وإن لم يجيزا كان له الثلث، ويكون الباقي بينهما أثلاثا.

ولو أوصى له بمثل نصيب ابن لو كان، وأجازا، فإن للموصى له نصف المال؛ لأنه أوصى بمثل نصيب ابن معدوم، فيجعل الابن موجودا، ثم يزاد عليه مثل نصيبه، وكل شيء زدت عليه مثله، كان الزائد نصف الجملة، فكان له النصف، والباقي بينهما على ما كان قبل الوصية، وإن لم يجيزا كان له الثلث.

ولو ترك بنتا وأختا وأوصى لرجل بنصيب ابنة لو كانت، وأجازا أو لم يجيزا[2]، كان له ثلث المال؛ لأنه أوصى بنصيب وارث لا يحجب الموجود، فتصحح الفريضة بين الوارثين نصفين، ثم يزاد عليها مثل نصيب الابنة، وذلك سهم، فيصير ثلاثة، للموصى له من ذلك سهم واحد، والوصية بقدر الثلث لا تتوقف على الإجازة.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيدت من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج): "لم يجيزوا".

ولو لم يصحح الفريضة أولاً، ولكن تقدر الابنة الأخرى موجودة، كان الجواب كذلك؛ لأنه لو مات وترك ابنتين وأختا، كان لكل ابنة ثلث المال، فلا يختلف الجواب.

ولو أوصى بمثل نصيب ابنة لو كانت والمسألة بحالها، كان له الربع، أجازا أولم يجيزا، ويجعل كأنه مات وترك بنتين وأختا، فتكون المسألة من ثلاثة ثم تزيد عليها مثل نصيب إحدى الابنتين، لأن مثل الشيء غيره، فيصير أربعة، فكان له ربع المال، والباقي بين الوارثين نصفان، وهو باتفاق الروايات.

ولو أوصى بنصيب ابنة ثالثة، فكذلك الجواب في رواية هذا الكتاب، لأنه لما أوصى بنصيب الثالثة، والثالثة لا تتصور بدون الثانية، فقد ترك نصيب الابنة الأولى والثانية للورثة[1]، فيجعل كأنه مات عن بنتين وأخت، فتكون المسألة من ثلاثة، ثم يزاد عليها نصيب الثالثة، وهو سهم واحد؛ لأن مثل الشيء يجعل غيره فيصير أربعة، فكان للموصى له ربع المال.

أما على جواب الجامع له تسعا المال، يجعل كأنه مات عن ثلاث بنات وأخت، فتكون المسألة من تسعة، ويكون لكل ابنة تسعا المال، إذ لا فرق بين ابنتين وأخت وبين ابنتين وعم، لأن الأخت عصبة مع البنت.

ولو مات وترك أبا وابنا، وأوصى لرجل بنصيب ابن آخر لو كان، أو بمثل نصيب ابنة، فإن أجازا، كان للموصى له خمسة من أحد عشر؛ لأنه لو لم يكن ههنا وصية، كانت المسألة من ستة، للأب سهم واحد وللابن خمسة، فإذا أوصى بمثل نصيب الابن يزاد على الفريضة مثل نصيب الابن وذلك خمسة، فيصير أحد عشر، وهذه وصية بأكثر

---

(١) سقط قوله: "للورثة" في (ج) و (د).

من الثلث، فإذا أجازا نفذت الوصية، وكان له خمسة، والباقي بين الأب والابن أسداسا على ما كان قبل الوصية.

وعلى رواية الجامع له خمسة من اثني عشر، لأنه لما أوصى له بنصيب ابن آخر لو كان، يجعل كأنه مات وترك ابنين وأبا، فيكون لكل ابن خمسة من اثني عشر.

وإن لم يجيزا كانت المسألة من تسعة على الروايتين؛ لأن الوصية بقدر الثلث تقدم على الميراث فيسلم له ثلث المال، ويقسم الباقي بينهما على ما كان قبل الوصية.

وإن أجاز الأب، ولم يجز الابن، نقول عند عدم الإجازة، له ثلاثة أسهم من تسعة، وعند إجازتهم له خمسة من أحد عشر، فإذا ضرب في تسعة يصير خمسة وأربعين، فإنما يسلم له بإجازتهما اثنا عشر، سهمان من ذلك [من][1] حصة الأب، وعشرة من حصة الابن، فإذا أجاز أحدهما يضمّ إلى ثلث المال ما يحصل له بإجازته، إن أجاز الأب كان له خمسة وثلاثون، وإن أجاز الابن كان له ثلاثة وأربعون.

ثم سأل في الكتاب على نفسه سؤالا، فقال: إذا أجاز الابن وحده، ينبغي أن يجمع بين نصيبه ونصيب الموصى له، ويقسم بينهما نصفين؛ لأنه قام مقام الابن الآخر.

وإن أجاز الأب يضمّ ثلث المال إلى نصيب الأب، فيقسم بينهما أثلاثا؛ لأن الموصى له قام مقام ابن آخر، وحق كل واحد من الابنين يكون في الثلث، وحق الأب في السدس.

ثم أجاب عن هذا فقال: الموصي أوصى له بنصيب الابن من جميع المال لا من نصيب الابن خاصة، فلو جعلنا القسمة على ما قلتم، كان تنفيذ الوصية من نصيب بعض

---

(١) ما بين المعكوفتين زيدت من (ج) و (د).

الورثة فلا يجوز.

واستشهد فقال: لو أنه ترك ابنين، وأوصى لرجل بمثل نصيبهما، فإن أجازا[١] كان للموصى له نصف المال؛ لأنا نجعل المال بين الابنين على سهمين، ونزيد مثل ذلك لأجل الوصية، فيصير أربعة، فكان له نصف المال إن أجازا، وإن لم يجيزا كان له الثلث.

وإن أجاز أحدهما، ولم يجز الآخر نقول: عند عدم الإجازة، له ثلث المال، سهم من ثلاثة، وعند الإجازة له سهمان من أربعة، فنضرب ثلاثة في أربعة، فيصير اثني عشر له عند عدم الإجازة، ثلث المال أربعة، وعند الإجازة له نصف المال ستة، فأيهما أجازا أخذ منه سهما، ونضمّه إلى الثلث، فيصير للموصى له خمسة، وللمجيز ثلاثة أسهم، ولغير المجيز أربعة.

وإن مات الرجل، وترك ابنين، وأوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصيب ابن ثالث، أو أوصى بثلث ماله لرجل، وبمثل نصيب أحد ابنيه لرجل آخر، فذلك سواء.

فإن لم يجيزا، عند أبي يوسف يقسم الثلث بين الموصى لهما على خمسة؛ لأنه يعتبر حال عدم الإجازة[٢] بحالة الإجازة، وفي حالة الإجازة للموصى له بالثلث ثلاثة أسهم من تسعة، وللآخر سهمان، فحال عدم الإجازة يتضاربان في الثلث، أحدهما بثلاثة، والآخر بسهمين.

وعند محمد يقسم الثلث بينهما نصفين؛ لأن مثل نصيب أحدهما ثلث المال، فكأنه أوصى لكل واحد منهما بالثلث.

---

(١) وفي (ج) و (د): "فإن أجزأ"، وهو خطأ.

(٢) وجاء في (ج) و (د): "يعتبر حال الإجازة"، وما ثبت أصح.

وإن أجازا، كان للموصى له بالثلث ثلاثة أسهم من تسعة، والباقي بين الابنين وبين الموصى له الآخر أثلاثا، لكل واحد منهم سهمان، يعتبر إجازة الورثة، لا إجازة الموصى لهما؛ لأنه يتصرف في حقهما.

وإن أجازا الوصية لصاحب الثلث، كان له ثلث المال، وللآخر مثل ما يكون له حال عدم الإجازة، ويجعل في حقه كأنهما لم يجيزا للآخر.

فعند أبي يوسف حال عدم الإجازة كان للموصى له بالنصيب سهمان من خمسة عشر، فإذا أجازا الوصية لصاحب الثلث، كان لصاحب الثلث الثلث، وللآخر سهمان من خمسة عشر، ولكل ابن أربعة.

وعند محمد حال عدم الإجازة يكون لكل واحد منهما السدس، فإذا أجازا الوصية لصاحب الثلث، كان له الثلث، وللآخر سدس المال، وللابنين نصف المال.

وإن أجازا للموصى له بالنصيب، على قول أبي يوسف للموصى له بالثلث ثلاثة من خمسة عشر، يبقى اثنا عشر، يكون للموصى له بالنصيب ثلث ما بقي أربعة أسهم؛ لأن حقه عند الإجازة في ثلث ما بقي.

وعند محمد للموصى له بالثلث، سدس المال، ثلاثة من ثمانية عشر، والباقي بين الابنين وبين الموصى له بالنصيب أثلاثا، لأن عنده حق الموصى له بالثلث عند عدم الإجازة في سدس المال، بقي خمسة أسداس المال بينهم أثلاثا، فإذا انكسر بالأثلاث، ضربنا أصل المال، وذلك ستة في ثلاثة، يصير ثمانية عشر، يأخذ الموصى له بالثلث ثلاثة أسهم، ويأخذ الموصى له الآخر نصف الثلث، وذلك ثلاثة، نضمّها إلى ما في يد الابنين، وتقسم الجملة بينهم أثلاثا؛ لأنهما لما أجازا وصيته كان نصيبه مثل نصيب كل واحد من الابنين.

فإن أجاز أحد الابنين للموصى له بالنصيب، ينظر إلى حالة الإجازة وعدمها، وله في حالة الإجازة خمسة أسهم من ثمانية عشر، وحال عدم الإجازة له سدس المال، ثلاثة من ثمانية عشر، فإنما يأخذ بإجازتهما سهمين، فإذا أجاز أحدهما، كان له سهم من حصة المجيز، فيكون له أربعة من ثمانية عشر.

وروى بشر في «الأمالي» عن أبي يوسف: رجل ترك ابنين، وأوصى لرجل بنصف ماله، ولآخر بمثل نصيب أحد الابنين، ولم تجز الورثة، يجعل ثلث ماله بين الموصى لهما، صاحب النصف يضرب في الثلث بنصف المال، والآخر بتسعي المال.

و وجه ذلك أن الوصية للأجنبي بقدر الثلث تقدم على الميراث، ولا تتوقف على الإجازة، فيقسم الثلث بينهما على قدر حقوقهما.

وعنده لا يبطل حق الضرب بالوصية، فيضرب بالنصف، وحق الآخر في مثل نصيب أحد الابنين، ونصيب الابنين ثلثا المال؛ لأن الوصية بقدر الثلث مقدمة على الميراث، فكان حقهما في الثلثين، وحق الموصى له بالنصيب مثل حق أحدهما، فيصير الثلثان بينهم أثلاثا، فنحتاج إلى حساب له ثلث، ولثلثه ثلث، وأقله تسعة، حق الموصى له بالنصيب في نصف المال أربعة ونصف، وحق الآخر في ثلث الثلثين وذلك سهمان، فيضرب كل واحد منهما بحقه في الثلث، ويقسم الثلث بينهما على قدر حقوقهما.

وإن أجاز الابنان وصيتهما، يأخذ صاحب النصف تمام حقه أربعة ونصف من تسعة، ويأخذ الآخر تسعين، وهو سهمان من تسعة، ويبقى للابنين تسعان ونصف.

ولو أوصى لرجل بمثل نصيب أحد الابنين، ولآخر بمثل نصيب الآخر، فإن أجازا، كان لهما نصف المال، وللابنين نصف المال؛ لأن قبل الوصية نصيب كل ابن سهم من سهمين، فإذا أوصي بمثله، ومثل الشيء غيره، صار كل نصيب سهمين، وصار المال

أربعة، لكل واحد ربع.

وإن لم يجيزا، كان الثلث بينهما نصفين؛ لأن الوصية بقدر الثلث لا تتوقف على الإجازة.

فإن أجازا لأحدهما، فللذي أجازا الربع، اعتبارا لوجود الإجازة لهما، وللذي لم يجيزا سدس المال، اعتبارا لعدم الإجازة.

وإن أجاز أحدهما دون الآخر، فللذي أجاز ربع المال، اعتبارا لوجود الإجازة. وللذي لم يجز ثلث المال، اعتبارا لعدم الإجازة.

-والله أعلم-

باب الوصية بالخدمة والغلة والولد وما يكون رجوعا ومالايكون

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن العام فيما يتناوله بمنزلة الخاص[1].

والثاني: أن من أوصى لرجل بعين[2] وخصّ بشيء منه غيره، فإن كان ذلك الشيء من أجزاء العين، وكان التخصيص متصلا بصدر الكلام كان العين للأول وللثاني ما دخل

(١) قرر الإمام السرخسي هذا في أصوله ثم فرّع عليه بعض مسائل هذا الباب محيلا إلى الزيادات واستيناسا لما ذكره الإمام محمد رحمه الله فقال: المذهب عندنا أن العام موجب للحكم فيما يتناوله قطعا، بمنزلة الخاص موجب المحكم فيما تناوله، يستوي في ذلك الأمر والنهي والخبر، إلا فيما لايمكن اعتبار العموم فيه لانعدام محله، فحينئذ يجب التوقف إلى أن يتبين ما هو المراد به ببيان ظاهر، بمنزلة المجمل، فعلى هذا دلّت مسائل علمائنا رحمهم الله. قال محمد رحمه الله في «الزيادات»: إذا أوصى بخاتم لرجل ثم أوصى بفَصّه لآخر بعد ذلك في كلام مقطوع، فالحلقة للموصى له بالخاتم، والفص بينهما نصفان، لأن الإيجاب الثاني في عين ما أوجبه للأول لايكون رجوعا عن الأول، فيجتمع في الفص وصيتان: إحداهما بإيجاب عام، والأخرى بإيجاب خاص، ثم إذا ثبت المساواة بينهما في الحكم يجعل الفص بينهما نصفين. انظر: «أصول السرخسي» ١/ ١٣٢، «المبسوط» ٢٧/ ١٨٤، «أصول الشاشي» ص ٣، «الهداية» مع «فتح القدير» ١٠/ ٥٢٣.

(٢) وفي (ا) و (ب): "أوصى بعين لرجل".

في التخصيص[1].

وإن كان التخصيص منفصلا كان العين الأول وما دخل في التخصيص يكون بين الأول والثاني[2].

وإن كان التخصيص بشيء من توابع العين لا من أجزائه، كان العين الأول وما دخل في التخصيص للثاني على كل حال، ما كان من أجزاء العين يستحق بالإيجاب، ويكون الإيجاب متناولا له، فالتخصيص للثاني يكون إخراجا لما تناوله أول الكلام.

فإن كان موصولا أمكن جعله بيانا؛ لأن أول الكلام يتوقف على آخره إذا كان في آخره ما يُغيّر حكم الأول، كما في الشرط والاستثناء[3].

أما إذا كان التخصيص بكلام منفصل، فحكم الكلام الأول[4] تمّ وثبت، فلا يمكن جعله بيانا، فيجعل وصية مبتدأة، فيكون بينهما بمنزلة عين أوصى به لرجلين على التعاقب.

فإذا لم يكن التخصيص بشيء من أجزائه، بل كان من توابعه، فهو للثاني[5] على

(١) اختصر العتابي في تأصيل هذا الباب فقال: أصل الباب أن الاستثناء يصحّ موصولا، ولا يصحّ مفصولا، لأنه بيان وتخصيص، فيصحّ بشرط الوصل إذا كان تخصيصا في بعض ما تناوله صدر الكلام. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ١٥٩.

(٢) سقطت هذه الفقرة كلها من (ج) و (د)، وثبتت في الأصل و(ا) و (ب).

(٣) انظر «أصول السرخسي» ١/ ١٤٥.

(٤) "الأول" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في النسخ الأخرى.

(٥) "للثاني" ساقط من (ج) و (د).

كل حال؛ لأنه إذا لم يكن من أجزائه لا يدخل في الإيجاب، وإنما يستحقه صاحب الأصل بطريق التبعية، فإذا استحقه الثاني بسبب على حدة لا يبقى تبعا، فلا يستحقه الأول.

وفي الباب فصلان:

الأول: فيما كان من جملة الأجزاء تناوله صدر الكلام صيغة.

والثاني: فيما إذا كان من المنافع.

أما الفصل الأول قال محمد رحمه الله: رجل قال: أوصيت بهذه الدار لفلان وبنيانها لفلان الآخر، أو قال: أوصيت بهذا الخاتم لفلان وبفصه لفلان، أو قال: [أوصيت][1] بهذه الجارية لفلان وبولدها الذي في بطنها لفلان، أو قال: [أوصيت] بهذه القَوْصَرَة[2]، التمر لفلان وبتمرها لفلان[3]، فهو على وجهين:

إما إن قال ذلك موصولا أو مفصولا، ففي الوجه الأول كان لكل واحد منهما ما أوصى له؛ لأن اسم الدار اسم عام يتناول العَرْصَة[4] والبناء[5]، ولهذا لو اشترى دارا، ثم

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) "القَوْصَرَة"، بالتشديد والتخفيف: وِعاء التمر يتّخذ من قصب، وذكر المطرزي أن قولهم: "وإنما تسمّى ذلك ما دام فيها التمر وإلا فهي زَبِيل" مبني على عرفهم. انظر: «المغرب» ٢/ ١٨١، و«المصباح المنير» ص ٥٠٥.

(٣) راجع في المسائل كلها «المبسوط» ٢٧/ ١٨٤، و«الهداية» ٤/ ٢٥٤، و«فتح القدير» ١٠/ ٥٢٢، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٣٥٤.

(٤) عَرصَة الدار: ساحتها، وهي البقعة الواسعة من الدار التي ليس فيها بناء، والجمع: "عِراص"، مثل: كَلبة وكِلاب، و"عَرَصات" مثل: سَجدة وسجدات، وقال أبو منصور الثعالبي في «فقه اللغة»: كل بُقعة ليس فيها بناء فهي عَرصة، وسمّيت ساحة الدار "عَرصة" لأن الصبيان يعترصون

استحق بناؤها، يرجع على البائع بحصة البناء من الثمن.

وكذلك اسم الخاتم يتناول الحلقة[1] والفَص[2] جميعا واسم الجارية يتناولها بجميع أجزائها، والولد من أجزائها حتى كان إعتاقها إعتاقا للجنين، ويستحق ولاء الجنين أصلا، والقوصرة اسم لها بما فيها من التمر عرفا.

فإذا أفرد غيره بالبناء والولد ونحوه، فقد خصّ العام، وتخصيص العام صحيح بشرط الوصل[3]، فيختص كل واحد منهما بما أوصى له[4]، كما لو قال: أوصيت بهذه الأرض لفلان وبزرعها لآخر، أو قال: "أوصيت بهذه الألف لفلان إلا مائة منها، فإني أوصيت بها لفلان آخر"، فإنه يختص كل واحد منهما بما أوصى له.

فيها، أي يلعبون ويمرحون. «المصباح المنير» ص ٤٠٢.

(٥) يؤيّده ما قاله المرغيناني بأن من باع دارا دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمّه، لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف، وقال في موضع آخر: اسم الدار ينتظم العلو، لأنه اسم لِما أدير عليه الحدود. «الهداية» ٣/ ٢٥ و ٦٦.

(١) وفي (ج) و (د): "الخاتم" بدل "الحلقة"، وما ثبت أصح.

(٢) فَصّ الخاتِم، بالفتح، والكسر غير لحن: ما يركّب فيه من غيره، وجمعه: فُصوص، مثل فلس وفلوس. «المصباح المنير» ص ٤٧٤، و«القاموس المحيط» ص٨٠٧، و«مختار الصحاح» ص ٥٠٤.

(٣) انظر «أصول السرخسي» ١/ ١٤٥ و ١٤٧

(٤) ذكر السرخسي في أصوله نقلا عن الوصايا من «كتاب الأصل»: لو كانت الوصيتان بهذه الصفة في كلام موصول، كان الفص للموصى له خاصة، لأنه إذا كان الكلام موصولا كان آخره بيانا لأوله، فيظهر به أن مراده بالإيجاب العام الحلقة دون الفص. «أصول السرخسي» ١/ ١٣٣.

وكذا لو بدأ بالبناء ونحوه، وثنّى بالأصل بأن قال: أوصيت بهذا البناء لفلان، أو بهذا الفص لفلان، أو بهذا الولد الذي في البطن، وبالدار، والخاتم، والجارية لفلان، لأن البِناء يتقدّم ويتأخّر[1].

وإن فصل، فقال: أوصيت[2] بهذه الدار، وبهذه الجارية، أو بهذه القوصرة من التمر، أو بهذا الخاتم لفلان، ثم قال من الغد: قد أوصيت ببناء هذه الدار لفلان، كانت الدار للموصى له بالدار، والبناء بينهما، وكذلك ولد الجارية، والفص، والتمر.

وسواء بدأ بالدار ونحوها وثنى بالبناء والولد ونحوه، أو على العكس، فإن الدار، والجارية، والحلقة للموصى له بالدار، والبناء وما أشبهه بينهما.

وقال أبو يوسف هذا والأول سواء، ولكل واحد منهما ما أوصى[3].

لأبي يوسف أن الدار اسم للعرصة، ولهذا يبقى اسم الدار بعد زوال البناء، وكذا الخاتم اسم للحلقة، والجارية اسم للذات دون الولد، وإنما يستحق الموصى له بالدار ونحوها هذه الأشياء تبعا لا بحكم الإيجاب، والثابت بالإيجاب يكون فوق الثابت تبعا[4]، والأدنى لا يزاحم الأقوى، فيختص كل واحد منهما بما أوصى له.

---

(١) قوله: "لأن البِناء يتقدّم ويتأخّر" سقط في (ج) و (د)، وثبت في النسخ الأخرى.

(٢) "أوصيت" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) انظر «المبسوط» ٢٧/ ١٨٤، «الهداية» مع «فتح القدير» ١٠/ ٥٢٢.

(٤) لأن البناء والتمر والولد والفص دخل تحت وصية الثاني مقصودا، لأنه نصّ عليه، ودخل تحت وصية الأول تبعا لا نصا، واعتبار التنصيص أولى من اعتبار الدلالة. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ١٥٩.

ولمحمد ما ذكرنا أن الدار اسم عام يتناول العرصة والبناء[1]، وكذلك اسم الجارية والخاتم ونحوه لما ذكرنا[2].

ولهذا لو أوصى بالدار أو بالجارية أو بالخاتم أو بالقَوصرة، واستثنى البناء والولد والفَصّ جاز، ولو لم يكن الاسم متناولا لما صح الاستثناء، لأن الاستثناء تصرف في اللفظ، بحيث لولا الاستثناء لدخل.

وإذا ثبت أن اسم الدار يتناول الكل، فإذا لم يصح التخصيص بفقد شرطه وهو الوصل، بقي البناء ونحوه داخلا تحت الكلام الأول، وقد أوصى به للثاني، والوصية الثانية لا تكون رجوعا عن الأولى، فيجتمع في البناء ونحوه وصيتان فيكون بينهما، كما لو أوصى بالدار والبناء لرجل ثم أوصى بالبناء لآخر، فإن الدار تكون لأحدهما والبناء بينهما، وكذلك الفص ونحوه.

وأما الفصل الثاني:

لو قال أوصيت بهذه الجارية لفلان وبخدمتها لآخر، أو بهذه الدار لفلان وبسكناها لآخر[3]، أو بهذا العبد لفلان وبغلته لآخر، أو بهذا البستان لفلان وبثمرته لآخر، أو بدأ

---

(١) انظر «الهداية» ٣/ ٢٥ و ٦٦.

(٢) فصّل السرخسي في توجيه قول محمد رحمه الله بقوله: مِن أصلنا أن العام موجَبه ثبوت الحكم في كل ما يتناوله على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص، فاجتمع في الفص الوصية لكل واحد منهما بإيجاب على حدة، فيجعل الفص بينهما نصفين، ولا يكون إيجاب الوصية للثاني فيه دليل الرجوع عن الأول، كما لو أوصى بالختم للثاني. «المبسوط» ٢٧/ ١٨٤. وانظر «أصول السرخسي» ١/ ١٣٢.

(٣) تجوز الوصية بالمنافع من خدمة العبد وسكنى الدار وظَهر الفرس عند عامّة الفقهاء، إلا ابن أبي

بالسكنى ونحوه وثنى بالدار ونحوها، وصل أم فصل، كان لكل واحد منهما ما أوصى له[1]، لا حق لصاحب الأصل في التبع؛ لأن اسم الدار لا يتناول السكنى، و كذلك اسم العبد لا يتناول الغلة و الخدمة[2]، والبستان لا يتناول الثمرة[3].

ولهذا لو أوصى بالدار ونحوها، واستثنى السكنى والغلة والخدمة والثمرة، لا يصح الاستثناء[4].

وإنما يستحق صاحب الأصل هذه الأشياء بطريق التبعية لا بحكم الإيجاب، فإذا استحقت بإيجاب على حدة، لا يستحق تبعا.

ليلى، لأن الموصي لما ملك تمليك المنافع حال حياته بعقد الإجارة والإعارة، فلأن يملك بعقد الوصية أولى، لأنه أوسع العقود، وأنها تحتمل ما لايحتمله سائر العقود من عدم المحل والحظر والجهالة. يرجع للتفصيل إلى «مختصر اختلاف العلماء» لأبي بكر الجصاص، مسألة تحت رقم ٢١٧١، ج ٥/ ٣٢، «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٥٢، «المبسوط» ٢٧/ ١٨١، «الهداية» ٤/ ٢٥٢، «فتح القدير» ١٠/ ٥١٨.

(١) قال السرخسي موجّها لهذه المسألة: لو أوصى له بخدمة عبده وللآخر برقبته، وهو يخرج من الثلث، فالرقبة لصاحب الرقبة، والخدمة كلها لصاحب الخدمة، لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما، وما أوجبه لكل واحد منهما يحتمل الوصية بانفراده، فبعطف إحدى الوصيتين على الأخرى لايتحقق بينهما مشاركة فيما أوجبه لكل واحد منهما. «المبسوط» ٢٧/ ١٨٣.

(٢) انظر «المبسوط» ٢٨/ ٢.

(٣) و يتفرّع عليه ما ذكره الإمام الطحاوي في مختصره بأن من أوصى لرجل بثمرة بستانه، ثم مات الموصي، وفيه ثمرة قائمة، فلا شيئ للموصى له غيرها. انظر «مختصر الطحاوي» بتحقيق العلامة أبو الوفاء الأفغاني، ص ١٦٣.

(٤) انظر «فتح القدير» ١٠/ ٥٢١.

قال: ألا ترى أن الموصى له بالخدمة والغلة والسكنى والثمرة، لو رَدّ وصيتَه، أو مات قبل الاستيفاء، كانت الغلة والخدمة والسكنى ونحوها للموصى له بالأصل، ولا يكون لورثة الموصى.

وفي الفصل الأول لو مات الموصى له بالبناء ونحوه قبل موت الموصي، أو ردّ وصيته، يعود الولد والبناء وما يشبه ذلك إلى ورثة الموصي[1].

استشهد لبيان أن الولد ونحوه، وما كان من جملة الأجزاء يستحق بحكم الإيجاب لا بطريق التبعية، فإذا بطل الإيجاب بالرد يعود إلى ورثة الموصي، ولو كان الاستحقاق بطريق التبعية يكون لصاحب الأصل.

ـ والله أعلم ـ

(١) وذلك لبطلان الوصية، قال الإمام الطحاوي في مختصره: "ومن أوصى لرجل بوصية، ثم مات الموصى له في حياة الموصِي، أو مع موته، بطل ماأوصى له به من ذلك". «مختصر الطحاوي» ص ١٥٧، وقال الجصاص معلقا عليه: لأن صحة الوصية متعلقة بموت الموصِي، ألا ترى أن الموصِي، له أن يرجع في وصيته، ويتصرف فيما أوصى به بسائر وجوه التصرف، فلمّا كان كذلك، وكان الموصى له ميتا قبل الموصِي، لم تصحّ له وصيته. «شرح مختصر الطحاوي» لأبي بكر الجصاص، ٢/ ٥٣٢.

كتاب الكفالة

باب الكفالة والحوالة والرهن فيها من المتطوع وغير ذلك

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن ضمان الرهن يبقى ببقاء القبض، لأن قبض الرهن قبض ضمان لأنه قبض استيفاء على معنى أنه لو هلك عند المرتهن، والدين قائم في نفسه يصير مستوفيا دَينه من القبض فيبقي كذلك، وإن ثبت للراهن حق الاسترداد[1] بعارض؛ لأن البقاء يكون على وفق الثبوت ولأن الرهن[2] لم يرض بقبضه إلا بصفة[3].

والثاني: أن الحوالة توجب براءة المحيل بشرط السلامة[4]، وإذا توى ما على المحتال عليه، يرجع المحتال له على المحيل بدينه عندنا[5].

(١) قوله: "دينه من وقت القبض إلى قوله حق الاسترداد" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "وإن ثبت الراهن".

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٥.

(٤) «فتح القدير» ٧/ ٢٢٧ طبع جديد دار الكتب العلمية ١٤١٥ هـ.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٦، و«الهداية» ٣/ ١٢٩، طبع مكتبة شركة علمية ملتان، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٧و١٨.

والتوى عند أبي حنيفة يكون بطريقين:

أحدهما: أن يجحد المحتال عليه الحوالة ويحلف[1].

والثاني: أن يموت، ولا يدع مالا، ولا شخصا يؤدي عنه[2].

وعند أبي يوسف ومحمد بهما، وبتفليس القاضي أيضا في حياته[3]، والمسئلة معروفة.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل له على رجل ألف درهم، فأحاله بها على رجل، وأعطاه للمحتال عليه كفيلا بالمال حالاً، أو إلى سنة، أو كفل رجل عن المحتال

---

(١) ولا بينة له عليه، أي لا بينة للمحال ولا للمحيل عليه. لأنه حينئذ لا يقدر على مطالبته. قال الإمام محمد رحمه الله في أماليه: "وخصلة أخرى توى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقولنا: أن جحد المحتال عليه، أو يكون احتيل عليه بقليل أو كثير، ولم يكن للمحتال عليه بينة، واستحلفه القاضي، فحلف، فهذا توى، ويردّ القاضي المحتال على الذي عليه الأصل بماله". جزء من «الأمالي» للإمام محمد، ص ٣٥، وانظر: «فتح القدير» و«العناية» ٧/ ٢٢٧، «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٦، «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

(٢) «الأمالي» للإمام محمد، ص ٣٥، «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٦، «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠، «فتح القدير» ٧/ ٢٢٨، «المبسوط» ٢٠/ ٤٦، «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

(٣) أي بقضي القاضي بإفلاسه بناء على أن القاضي يقضي بالإفلاس حال حياته عندهما، وعند الإمام أبي حنيفة لا يقضي به. يقول الإمام محمد في أماليه: "والآخر أن يفلس المحتال عليه ولايكون له مال، فيرجع إلى القاضي، فلايقدر له شيئ يقبضه غرماءه فيفلّسه، ويقضي بتفليسه، ويخرجه من الحبس، فإذا قضى بذلك فهذا توى". انظر جزء من «الأمالي» للإمام محمد، ص ٣٥، «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

(عليه بأمره)[1] أو بغير أمره، ثم مات المحتال عليه مفلسا، لم يكن للمحتال له أن يرجع بدينه على المحيل[2]؛ لأن عود الدين إلى ذمة المحيل، حكم انفساخ الحوالة بهلاك المال على المحتال عليه ولم يهلك؛ لأن ذمة الكفيل قامت مقام ذمة المحتال عليه في توجه المطالبة، فلا تبطل الحوالة.

ألا ترى أن المكاتب إذا مات، وترك ولدا وُلِدَ في الكتابة، لا تبطل الكتابة[3]، وجعل موته عمن يؤدي البدل، كموته عما يؤدي به، وهو المال، كذلك هنا.

ولو أن المحتال عليه لم يعط كفيلا بالمال، ولكن استعار من رجل عينا ليرهنه بدين المحتال له ورهنه، أو رهن أجنبي عند المحتال له، رهنا بماله[4] على المحتال عليه بأمر المحتال عليه، أو بغير أمره، وسلطه على البيع، واستيفاء الدين منه، أو لم يسلطه فلم يقبض الطالب دينه، ولم يبع الرهن، أو باع ولم يقبض الثمن لاستيفاء حقه، حتى مات المحتال عليه مفلسا، يعود الدين إلى ذمة المحيل[5]، وتبطل الحوالة والرهن، ويكون

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٧٣.

(٣) قال المرغيناني: ويسعى الولد في كتابة أبيه على نجومه، فإذا أدّى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد، لأن الولد داخل في كتابته، وكسبه ككسبه فيخلفه في الأداء، وصار كما إذا ترك وفاء. «الهداية» ٣/ ٣٣٧ -٣٣٨، طبع شركة علمية ملتان باكستان،

(٤) في (ج) و (د): "رضي بماله".

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٦، و«الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٧٣.

صاحب الرهن أحق بالرهن وبثمنه[1] من المحتال له.

فرق بين هذا وبين الأول[2]، واختلفت عبارة المشايخ في الفرق بينهما.

قال بعضهم: إنما بطلت الحوالة فيّ الفصل الثاني؛ لسقوط الدين عن المحتال عليه[3]؛ لأن محل الدين الذمة، وقد خرجت ذمته قبل الاستيفاء لا إلى خلف، وبقاء الدين من غير محل الدين لا يتصور، فيسقط الدين، وإذا سقط الدين يبطل الرهن؛ لأنه عقد لاستيفاء الدين، فلا يبقى بدونه، وإذا بطل الرهن، توى ما على المحتال عليه، ويرجع بدينه على المحيل[4].

أما في الفصل الأول وإن خرجت ذمة المحتال عليه، قامت ذمة الكفيل في حياته مقام ذمته؛ لأن الكفالة شرعت لضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في حق توجه المطالبة[5]، وذمة الكفيل باقية، فيبقى الدين لبقاء محله.

وإذا لم يسقط الدين عن المحتال عليه بهلاكه، لا يتحقق التوى، فلا يرجع على المحيل بدينه.

وقال بعضهم: سقط الدين عن المحتال عليه في الفصلين؛ لأن محل الدين الذمة، وذمته لم تبق. وإنما بطل الرهن ولم تبطل الكفالة؛ لأن براءة الأصيل لا تنافي بقاء الكفالة،

---

(١) «ردّ المحتار على الدر المختار» ٥/ ٣٤٦، طبع دار الفكر ١٣٩٩ هـ.

(٢) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "والأول".

(٣) الجوهرة النيّرة شرح القدوري ١/ ٤٠٨.

(٤) الجوهرة النيّرة شرح القدوري ١/ ٤٠٨.

(٥) «الهداية» ٣/ ١١١.

فإن ابتداء الكفالة بشرط براءة الأصيل جائزة، وتكون حوالة[1]، وكذا لو أضاف الكفالة إلى حال هلاك الدين على الأصيل، بأن قال: "إن توى مالك على فلان، فأنا كفيل بذلك"[2]، يصح وإذا جاز الابتداء فالبقاء أولى.

أما الرهن بدون الدين لا يتصور[3]، ولهذا لو رهن شيأ بدينه على أن يبرئه من الدين، لا يصح، فإذا سقط الدين عن المحتال عليه، لا يبقى الرهن، وعند ذلك يتوى المال على المحتال عليه، فيرجع على المحيل بدينه.

ولا يقال إن خربت ذمة المحتال عليه، خربت إلى خلف، وهو الرهن؛ لأنه محل لاستيفاء الدين، وقد ثبت يد الاستيفاء عليه.

ولهذا لو مات المديون وبدينه رهن، أو ترك مالا، لا يسقط الدين، حتى لو كفل به إنسان يجوز[4] عند أبي حنيفة رحمه الله[5].

ولو مات ولم يدع شيئا، ولا رهنا، لا تصح الكفالة[6] [عند أبي حنيفة][7]؛ لأنا

---

(١) «الهداية» ٣/ ١١٦.

(٢) نقل ابن عابدين عن الدراية مثالا له بأن يقول: ضمنت كل مالك على فلان إن توى. راجع «ردّ المحتار على الدر المختار ٥/ ٣٠٦.

(٣) الجوهرة النيّرة شرح القدوري ١/ ٢٩٢.

(٤) «فتح القدير» ٧/ ١٩١.

(٥) "عند أبي حنيفة" ساقط من (ج) و (د).

(٦) وقال أبو يوسف ومحمد والأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم "تصح" لأنه كفل بدين ثابت، لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: «الزعيم غارم» أخرجه ابن ماجه في الصدقات، باب الكفالة الحديث

نقول: إذا ترك مالا، أو كان به رهن بملكه، تتوجه المطالبة على وارثه، أو وصيه بقضاء الدين، وتقوم ذمة الوارث أو الوصي مقام ذمته[1]، لكن إقامة الغير مقامه عرف في إملاكه، فيقتصر عليه.

ثم استشهد محمد رحمه الله لبيان أن براءة المديون عن الدين، تبطل الرهن فقال: ألا ترى أن المديون لو رهن بدينه رهنا، ثم أحاله بالدين على رجل، له أن يأخذ الرهن[2]؛ لأن الراهن برئ بالحوالة، فلا يبقى الرهن.

وذكر هذه المسئلة بعد هذا في الباب الطويل من هذا الكتاب، أنه لا يبطل الرهن، ولا يكون للمحيل أن يأخذ رهنه، مالم يقبض الطالب دينه من المحتال عليه.

قالوا: في المسئلة روايتان: ما ذكر هنا أنه لا يبقى الرهن، قول محمد، وما ذكر ثمة، قول أبي يوسف.

وحكي عن القاضي أبي حازم[3] أنه قال: اختلف شاب وشيخ في هذه المسئلة، -

---

٢٤٠٥، والترمذي في البيوع، الحديث ١٢٦٥. انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ٦، وشرح «فتح القدير» ٧/ ١٩٠.

(٧) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(١) «ردّ المحتار على الدر المختار» ٥/ ٣١١، «فتح القدير» ٧/ ١٩٠.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٦.

(٣) هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي، أبو خازم، أخذ العلم عن عيسى بن أبان، وتفقّه عليه أبو جعفر الطحاوي وأبو طاهر الدباس، كان ثقة ورعا عالما بفنون الحساب والفرائض، حاذقا في عمل المحاضر والسجلات، من أفاضل القضاة، وله: «كتاب المحاضر والسجلات» و «كتاب

وعني بالشاب نفسَه، وبالشيخ أبابكر[1] العَمّي[2] رحمه الله - فأجاب الشيخ بقول أبي يوسف، والشاب بقول محمد، ولم يعرفا الرواية، فسألا هلالَ الرازي[3] رحمه الله،

أدب القاضي» و «كتاب الفرائض»، توفي في سنة ٢٩٢هـ. جاء في الأصل: "أبو حازم" بالحاء المهملة، وهو خطأ، لأن كنيته: "أبو خازم" بالخاء المعجمة، ذكرها أبو الوفاء القرشي وتقي الدين التميمي واللكنوي، وكثير ممن ترجمه، وورد في بعض المصادر بالحاء المهملة، وهو تصحيف، انظر: الفهرست ص١٩٢، طبقات الفقهاء للشيرازي ص١٤١، تاج التراجم ص ٣٣، كتائب أعلام الأخيار برقم ١٤٤، الطبقات السنية برقم ١١٣٨، الجواهر المضية برقم ٧٥٨، كشف الظنون ١/ ٤٦، الفوائد البهية ص٨٦.

(١) ترجم له القرشي في الكنى من «الجواهر المضية» ٤/ ٢٤؛ فقال: "أبو بكر العَمّي، تفقه عليه أبو خازم القاضي، وهو متأخر عن أبي الحسن العَمّي"، وتعقب عليه المحقق الدكتور عبدالفتاح محمد الحلو بأن أبا خازم أخذ العلم عن بكر العَمّي، وليس أبا بكر العَمّي، وهو الصحيح فقد جاء في ترجمة بكر العَمّي أنه تفقه عليه القاضي أبو خازم، فلعل الأمر اشتبه على بعض مؤلفي كتب التراجم، ومنها حكاه قاضي خان.

أما بكر العَمّي: فهو بكر بن محمد العَمّي، القاضي، أخذ عن محمد بن سماعة عن الليث وأبي يوسف ومحمد، وأخذ عنه القاضي أبو بكر خازم أستاذ أبي طاهر الدباس، والعمي بفتح العين وتشديد الميم نسبة إلى العم، بطن من بني تميم، ذكره القرشي في الجواهر المضية. ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ٣٨١، «الطبقات السنية» برقم ٥٧٤، «الفوائد البهية» ص ٥٥، كتائب أعلام الأخيار برقم ١٣٥، طبقات الفقهاء لطاش كبري زاده ص ٤٦.

(٢) جاء في (ج) و (د): "أبا بكر القمّي"، وهو خطأ، والصحيح ماأثبت.

(٣) هو هلال بن يحى بن مسلم، الرأي، البصري، وما ذكره الشارح من لقبه: "الرازي" فهو غلط وتصحيف وقع في بعض الكتب، نصّ عليه القرشي في «الجواهر المضية»، وقيل له: "الرأي"

فأخرج الروايتين من النوادر، فوافق الشيخُ الشيخَ، والشابُّ الشابَّ.

لمحمد: أنه رهنه بدين نفسه، وبالحوالة انتقل منه الدين إلى المحتال عليه؛ لأنها تنبئ عن النقل، والشيء بعد الانتقال لا يبقى في مكانه الأول، ولهذا لو أبرأ المحيل عن الدين لا يصح. ولو رهن المحيل بما عليه رهناً، لا يصح، ولو بقي الدين يصح الرهن[1].

ولأبي يوسف أن الراهن رهن بدين على نفسه، وبالحوالة لم ينتقل عنه الدين، بل توجهت المطالبة على المحتال عليه، مع بقاء الدين في ذمة المحيل، كما في الكفالة، إلا أن فى الكفالة لا تتأخر المطالبة عن الأصيل، وبالحوالة تتأخر عن المحيل؛ ولهذا لو أبرأ المحتالُ له المحتالَ عليه، فردّ المحتال عليه، لا يصح رده، كما لو أبرأ الكفيل فرد الكفيل. ولو كان الدين منتقلا إلى ذمة المحتال عليه، يصح رده بمنزلة الأصيل[2].

وكذا لو جاء المحيل بالدين، أجبر الطالب على القبول[3].

لسعة علمه وكثرة فهمه، كما لقّب "ربيعة الرأي"، أخذ الفقه عن أبي يوسف وزفر، وروى الحديث عن أبي عَوانة وابن مهدي، وأخذ عنه بكار بن قتيبة وعبد الله ابن قَحطبَة، وله مصنف في الشروط وأحكام الوقف تداوله العلماء، مات سنة ٢٤٥ هـ.

ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١٧٧٩، «الطبقات السنية» برقم ٢٦٣٨، «الفوائد البهية» ص ٢٢٣، كتائب أعلام الأخيار برقم ١٠٧، طبقات الفقهاء للشيرازي ١٣٩، طبقات الفقهاء لطاش كبري زاده ص ٣٣، أخبار أبي حنيفة وأصحابه للصيمري ١٥٦، مفتاح السعادة ٢/ ٢٦١، ميزان الاعتدال ٤/ ٣١٧، «الأنساب» ٦/ ٦٠.

(١) شرح «فتح القدير» ٧/ ٢٢٣.

(٢) شرح «فتح القدير» ٧/ ٢٢٣، «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

(٣) شرح «فتح القدير» ٧/ ٢٢٣، «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

ولو برئت ذمة المحيل من كل وجه، كان المحيل متبرعا في الاداء[1]، لا يجبر الطالب على القبول، كما لو تبرع أجنبي آخر[2]. وإذا بقي الدين بقي الرهن لأنه عقد لاستيفاء الدين[3] فيبقى ما بقي الدين. وإنما لا يصح ابتداء الرهن بعد الحوالة؛ لأن بقاء الدين في ذمة المحيل، لم يثبت بدليل قطعي، بل بدليل محتمل، وهو الاجتهاد، فوقع الشك فيه، فلا يصح بالشك، ولا يبطل بالشك.

وإذا بطل الرهن بموت المحتال عليه مفلسا في هذه الرواية، فإن لم يأخذ صاحب الرهن رهنه، حتى هلك الرهن يهلك[4] بالدين ويبرأ المحيل عن الدين؛ لأن حكم هلاك الرهن حال قيام الدين وقوع الاستيفاء، وبعد ما مات المحتال عليه مفلسا، الدين قائم في نفسه لم يسقط، وإنما تحولت المطالبة إلى المحيل من حيث الظاهر[5]، فيهلك بالدين، ويصير مستوفيا دينه من المحتال عليه من وقت القبض.

ولهذا لو قضى الراهن دين المرتهن، ثم هلك الرهن عند المرتهن، يبطل ذلك القضاء، ويجب على المرتهن رد ما قبض.

وهو بخلاف ما إذا أبرأ المرتهن الراهن عن الدين، ثم هلك الرهن في يده قبل الرد،

---

(1) في (ج) و (د): "في الابتداء".

(2) شرح «فتح القدير» ٧/ ٢٢٣، ٢٢٤، «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

(3) الجوهرة النيّرة شرح القدوري ١/ ٢٩٢.

(4) "يهلك": ساقط من (ج) و (د).

(5) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٧.

فإنه يهلك أمانة استحسانا[1]؛ لأن الإبزاء أسقط الدين من كل وجه[2]، وحصل مقصود الراهن، وهو فراغ الذمة، فبطل ضمان الرهن، ولأن بطلان الرهن بموت المحتال عليه مفلسا في مسئلتنا، حكم اجتهادي، فلا يبطل ضمان الرهن ما لم يتأكد بالرد، أما بطلان الرهن في الإبراء، حكم اتفاقي، فيبطل الضمان قبل الرد.

ثم إذا هلك الرهن بالدين، قال: ينظر، إن كان الراهن مقطوعا في الرهن، لا يرجع على غيره بشيء، وإن رهن بأمر المحتال عليه، أو استعار المحتال عليه عينا، فرهنه[3]، يتبع المحيل، فيؤخذ منه قيمة الرهن، ويدفع إلى صاحب الرهن؛ لأن صاحب الرهن قضى برهنه دين المحتال عليه بأمره، والمحتال عليه قضى دين المحيل بقبول الحوالة، فاستحق الرجوع على المحيل، وصار ما للمحتال عليه على المحيل، تركةً للمحتال عليه، فيكون ذلك بين غرماء المحتال عليه، وصاحب الرهن من غرمائه[4].

ولم يذكر في الكتاب من يرجع على المحيل فيأخذ منه، قال بعضهم: يأخذ صاحب الرهن[5] قصرا للمسافة، وقال بعضهم: لا يأخذ صاحب الرهن من المحيل؛ لأن المحيل غريم غريمه، وليس له أن يرجع على غريم غريمه، ولكن القاضي ينصب خصما ليرجع على المحيل، ويرجع إلى صاحب الرهن.

---

(١) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٥٩٧.

(٢) الجوهرة النيرة شرح القدوري ١/ ٤٠٨، و«ردّ المحتار على الدر المختار» ٥/ ٣٤٨.

(٣) الجوهرة النيرة شرح القدوري ١/ ٣٠٧، ٣٠٨.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٧.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٧.

ثم عاد إلى مسئلة أول الباب فقال: لو أن المحتال عليه أعطى لصاحب الدين كفيلا بالمال، ثم أخّر صاحب الدين الكفيل سنة، ثم مات المحتال عليه مفلسا، لا تبطل الحوالة، ولا يرجع المحتال له على المحيل[1]؛ لأن عود الدين إلى ذمة المحيل حكم التوى على المحتال عليه ولم يتو؛ لأن المال وإن تأخر عن الكفيل، فذمته قامت مقام ذمة المحتال عليه في أصل الدين، فلا تبطل الحوالة، إلا أن يتوى على الكفيل، بأن يموت مفلسا، فحينئذ تبطل الحوالة[2].

إنما وضع المسئلة على هذا الوجه؛ لأن الدين لو كان مؤجلا على الأصيل، كان على الكفيل كذلك[3]، فإنما ذكر التأجيل بعد الكفالة؛ ليثبت الأجل في حق الكفيل خاصة.

قال: ألا ترى أن صاحب الدين لو أبرأ المحتال عليه على أن يأخذ منه كفيلا بالمال إلى سنة، ثم مات المحتال عليه مفلسا، لا يرجع المال على المحيل[4] حتى يتوى ما على الكفيل لما قلنا والله أعلم.

---

(١) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٣.

(٢) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٤.

(٣) «المبسوط» ٢٠/ ٦٨.

(٤) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٣.

باب من قضاء الدين الذي يكون من المال كله أو من بعضه

بنى الباب على أن المملك إذا عين جهة التمليك عند التمليك أو بعده، إن كان التعيين مفيدا كان القول في ذلك قوله، لأن التمليك يستفاد من جهته فكان القول في ذلك قوله، إلا إذا لم يكن فيه فائدة؛ لأن ما لا يفيد لغو وعبث[1]، فلا يفيد. وما يؤدي إلى دور لا ينقطع، فهو من العبث.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل له على رجل ألف درهم من قرض أو غيره، فكفل رجل بنصف المال، وكفل رجل بالنصف الباقي، فأدى الأصيل خمسمائة، وقال: هذه الخمسمائة التي كفل بها فلان، فهو على ما قال[2]؛ لأن التمليك صدر من جهته، وله في التعيين فائدة، وهو إخراج ذلك الكفيل عن العهدة، وقطع رجوعه عن نفسه.

ألا ترى أنه لو رهن بكل خمسمائة رهنا على حدة، فأدى خمسمائة، وقال: "هذا من هذا الرهن"، كان القول قوله، وله أن يسترد ذلك الرهن؛ لأن المال وإن كان في الأصل

(١) أورد قاضي خان هذه القاعدة بوضوح أكثر في ص ٤٧٦، بأن: "ما لا يفيد من الكلام لا يعتبر، لأن الكلام وضع للإفادة، فما لا يفيد يكون لغوا"، وأصل هذه القاعدة ما جاء في المجلة: "إعمال الكلام أو لا من إهماله" المادة ٦٠، و"إذا تعذر إعمال الكلام يهمل"، المادة ٦٢. انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥٠. درر الحكام ١/ ٥٣-٥٤، و بدائع الصنائع ٦/ ٩٨.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٣.

واحدا، فقد تفرق بحكم الرهن، فكذا إذا تفرق بالكفالة.

وكذا لو كفل رجل بنصف المال لا غير، فأدى الأصيل خمسمائة، وقال أديت هذا عن الكفالة، قبل قوله[1].

وكذا لو كان الألف من ثمن بيع، فأخره البائع بنصفه، فكفل كفيل بالنصف الحال، وكفيل بالنصف المؤجل، فأدى الأصيل خمسمائة، ثم قال: "أديت هذا عن الحال أو عن المؤجل"، قبل قوله[2]؛ لأن الأجل حق المديون، يملك إسقاطه بالتعجيل.

وكذا لو كان المال مفرقا في الأصل، بأن كان أصل المال من قرضين، أو بيعين، وكفل بكل مال كفيل على حدة، فأدى الأصيل خمسمائة، ثم قال عند الأداء أو بعده: "أديت عن كفالة فلان"، كان القول قوله[3]؛ لأن في المال الواحد يقبل قوله؛ لما قلنا، فهنا أولى.

وكذا لو قال: أحد المالين إلى سنة، والآخر إلى سنتين[4].

فرق بين هذا، وبين ما لو كان على رجلين، ألف درهم من قرض أو بيع، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فأدى أحدهما خمسمائة، وقال: "هذا من الكفالة"، لا يقبل قوله في ذلك، ويكون مؤديا عن نفسه[5]، حتى لا يرجع بشيء على صاحبه؛ لأنا لو

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٣.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٣. كذا في المحيط.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٣.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٣.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٣، «فتح القدير» ٧/ ٢١٢.

قبلنا قوله، ويرجع على صاحبه، كان لصاحبه أن يقول: "أداؤك عني، كأدائي بنفسي، ولو كنت[1] أديت عنك بنفسي، كان لي أن أرجع عليك، فكذا إذا أديت عني ورجعت بذلك علي"[2].

هكذا يحتجّ كل واحد منهما على صاحبه، فيؤدي إلى الدور، فيبطل بيانه، وعند عدم البيان، تترجح جهة الأصالة، ويكون مؤديا عن نفسه، إلا إذا كان المؤدى أكثر من[3] النصف، فحينئذ يرجع بالزيادة على صاحبه[4]؛ لأنه ليس عليه بحكم الاصالة إلا خمسمائة.

فلو رجع المؤدي على صاحبه بالزيادة على النصف، لم يكن لصاحبه أن يرجع عليه بتلك الزيادة[5].

فرق بين هذه المسألة وبين مسئلتين ذكرهما في المبسوط:

إحداهما: رجل له على رجل ألف درهم، كفل بها رجلان على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فأدى أحدهما شيئا، كان المؤدى عنهما جميعا، حتى يرجع على صاحبه بنصف ما أدى[6].

---

(١) "كنت" ساقط من(ج) و (د).

(٢) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٣٦.

(٣) "من" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٣، كذا في الكافي، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢.

(٥) «فتح القدير» ٧/ ٢١٢ - ٢١٣.

(٦) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥. و«فتح القدير» ٧/ ٢١٤.

والفرق أن في تلك المسألة المال واجب على كل واحد منهما بجهة الكفالة عن الأصيل، لا بجهة الأصالة، وهما في الكفالة عن الأصيل سواء، فما أدى أحدهما، يكون نصفه عن نفسه، ونصفه عن صاحبه تحقيقا للاستواء[(١)]. أما في مسئلتنا كل المال واجب على كل واحد منهما، نصفه بحكم الأصالة، ونصفه بحكم الكفالة، ولا معارضة بين جهة الأصالة والكفالة؛ لأن الواجب بحكم الأصالة دين من كل وجه، لا يقضيه غيره من حيث الظاهر، وما هو واجب عليه بحكم الكفالة، يقضيه الأصيل من حيث الظاهر، فتترجح جهة الأصالة[(٢)].

والمسئلة الثانية: رجل كاتب عبدين له، كتابة واحدة، على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فأدى أحدهما شيئا من بدل الكتابة، يرجع على صاحبه بنصف ما أدى[(٣)].

والفرق أن في الكتابة لا يجتمع الإصالة والكفالة في واحد لأن الكفالة ببدل الكتابة وكفالة المكاتب[(٤)] لا تصح، بل طريق الوجوب عليهما في ذلك، يجعل المال على أحدهما، وعتق الآخر معلق بأدائه، وكل واحد منهما في ذلك على السواء، فكان المال واجبا على كل واحد بعقد الكتابة[(٥)]، فكان له أن يطالب بالبدل أيهما شاء.

---

(١) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٣٧، وشرح «فتح القدير» ٧/ ٢١٥.

(٢) شرح «فتح القدير» ٧/ ٢١٣.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥، شرح «فتح القدير» ٧/ ٢١٥.

(٤) قوله: "لا يجتمع الإصالة إلى وكفالة المكاتب" ساقط من (ج) و (د).

(٥) «ردّ المحتار» ٥/ ٢٨٥.

وإذا أدى أحدهما شيئا، يرجع على صاحبه بنصف ما أدى، تحقيقا للاستواء[1].

ثم فرع على مسألة الباب فقال: لو أن البائع أخّر أحد المشتريين سنة بما عليه خاصة، دون صاحبه، فأدى هذا المشترى بعد التأخير خمسمائة، وقال من جهة الكفالة، فهو على ما قال[2]؛ لأن ما عليه بجهة الأصالة مؤجّل، فلو جعل المؤدى عن الكفالة، لم يكن لصاحبه أن يجعل عنه ويرجع عليه؛ لأن ما عليه مؤجل، والكفيل بالمال المؤجل، إذا عجّل قبل حلول الأجل، لا يرجع على الأصيل قبل حلول الأجل[3]، فلا يؤدى إلى الدور، فإن لم يؤد هذا المشترى شيئا حتى حل الأجل، ثم أدى خمسمائة، كان ذلك مما عليه خاصة؛ لأنه لما أدى بعد حلول الأجل، لو جعل المؤدى عن صاحبه، كان لصاحبه أن يجعل ذلك عنه، فيؤدي إلى الدور[4].

ولو وقع البيع على[5] أحدهما بعينه إلى سنة، والكفالة حالّة، فأدى قبل حلول الأجل كان ذلك فيما أدى، ويقبل قوله في ذلك[6]؛ لأنه لا يؤدي إلى الدور.

وإن أدى بعد حلول الأجل يكون مؤديا عن نفسه، حتى يؤدي زيادة على

---

(١) شرح «فتح القدير» ٧/ ٢١٥.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٣.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٧٩.

(٤) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٣٦، كذا في الكفاية.

(٥) في (ج) و (د) "بأحدهما".

(٦) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٣٦.

خمسمائة، فحينئذ تكون الزيادة عن الكفالة[1].

ولواشتريا شيئا بألف، وكفل أحدهما عن صاحبه، ولم يكفل الآخر عنه، فأدى الكفيل شيئا، أو قال: "هذا من الكفالة"، قبل قوله[2]؛ لأنه لو جعل عن صاحبه، وصاحبه ليس بكفيل عنه، لا يكون لصاحبه أن يجعل عنه، فلا يؤدي إلى الدور.

وذكر ابن سماعة عن محمد: رجل له على آخر ألفا درهم، فكفل عنه رجل بألف درهم، ثم إن الطالب أحال رجلا على المطلوب بألف كانت للمحتال له على الطالب، فأدى المطلوب ألفا إلى المحتال له، وقال: "أديتها عن الألف التي كفل بها فلان"، وقال الطالب: بل هي من الألف التي لا كفالة بها، كان القول قول الطالب، ولو كان المطلوب هو الذي أحال الطالب بألف على غريم له عليه ألف درهم، فقبضها ثم قال الطالب: هي من الألف التي لا كفالة بها، وقال المطلوب: هي المكفول بها، كان القول قول المطلوب.

جعل القول قول المحيل في المسئلتين جميعا، أما في المسئلة الثانية لا يشكل؛ لأن أداء المحتال عليه كأدائه بنفسه، فيكون القول قوله في ذلك. وأما في المسئلة الأولى؛ فلأن قبض المحتال له إنما يقع قبضا، إذا حصل بأمر المحيل، فكان القول قول الآمر فيما أمره به، بمنزلة الموكل يكون القول قوله فيما وكل، بخلاف ما لو قضى المحيل بنفسه.

وذكر ابن سماعة في النوادر: رجل عليه ألف درهم من كفالة، وألف من ثمن بيع، فجاء بالألف، وقال: أأديها من الكفالة، وقال الطالب: لا آخذ هذه إلا من جميع مالي عليك، فإن للطالب أن يجعله من المالين، ويرجع بما بقي على المكفول عنه؛ لأن له حق

(١) شرح «فتح القدير» ٧/ ٢١٢.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٣.

المطالبة بالمالين، فكان له أن يقبض عنهما.

وإن قبض الألف، ولم يقل شيئا، فللمطلوب أن يجعل الأداء من أي المالين شاء؛ لأن التخصيص مفيد، ويعتبر قوله في ذلك والله أعلم.

باب فيما يرجع المحتال عليه و فيما لا يرجع وفيما يبطل عن المحتال عليه وفيما لا يبطل

الأصل فيه: أن الحوالة نوعان: مقيدة، ومطلقة.

فالمقيّدة: أن يقيدها بدين له على المحتال عليه، أو بعين (أو دراهم)[1] له في يده بغصب، أو وديعة، أو نحو ذلك[2].

والمطلقة: أن يرسل الحوالة إرسالا، ولا يقيدها بدين أو غيره، أو يحيله على على رجل ليس له عليه دين، ولا في يديه عين، وكلاهما جائزة[3]؛ لقوله عليه السلام: «مَن أحِيلَ على مَلِيء، فَليَتبَع»[4]، والأمر بالاتباع دليل الجواز.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٩، و «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٢٧، «فتح القدير» ٧/ ٢٣٠.

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦، و«مجلة الأحكام العدلية» ص ١٢٧، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٧، و«فتح القدير» ٧/ ٢٣٠.

(٤) ما ذكره الشارح من نص الحديث، رواه الطبراني في الأوسط، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «مطل الغني ظلم، ومَن أحِيلَ على مَلِيء، فَليَتْبَع»، انظر نصب الراية ٤/ ٥٩، ٦٠. وذكره الهيثمي من حديث ابن عمر، وقال: رواه البزار، ورجاله رجال الصحيح، وآخره: "فليحتل" بدل "فليتبع". مجمع الزوائد ٤/ ١٣١. ورواه احمد وابن أبي

ولأن الحوالة المقيدة تتضمن أمورا كلها جائزة عند الانفراد، وهو تبرع المحتال عليه بذمته لالتزام دين المحيل[1]، وتوكيل المحيل للمحتال له بقبض الدين أو العين من المحتال عليه[2]، وأمر المحيل المحتال عليه بتسليم ما عنده إلى المحتال له[3]، فكذا عند الاجتماع.

والحوالة المطلقة تتضمن أمرا جائزا وهو التبرع بالذمة لإلتزام دين المحيل، وحكم الحوالة براءة المحيل عن الدين[4].

وإذا بطلت الحوالة المطلقة بما ذكرنا من الأسباب[5]، والمقيدة بفوات ما قيدت به، يعود الدين إلى ذمة المحيل[6].

شيبة بلفظ: «ومن أحيل على مليء فليحتل» مسند أحمد ٢/ ٢٦٠، ٣٧٩، ٣٨٠، ٤٦٥، مصنف ابن أبي شيبة ٧/ ٧٩، والحديث معروف في الباب هو ما رواه الكتب الستة من حديث أبي هريرة: «مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع»، أخرجه البخاري في كتاب الحوالة الحديث: ٢٢٨٧، ومسلم في المساقاة، الحديث: ١٥٦٤، وأبو داود الحديث: ٣٣٤٥، والترمذي الحديث: ١٣٠٨، وابن ماجه الحديث: ٢٤٠٣، والنسائي الحديث: ٤٧٠٥، كلهم من حديث أبي هريرة.

(١) «الهداية» ٣/ ١٢٩، و«ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٦.

(٢) «فتح القدير» ٧/ ٢٢٩، ولأن لفظ الحوالة تستعمل في الوكالة.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٢.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٦.

(٥) «الهداية» ٣/ ١٣٠، و«ردّ المحتار» ٥/ ٢٤٥.

(٦) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠ -١٣١.

وقال زفر والقاسم بن معن[1]: الحوالة لا توجب براءة المحيل[2]، والمسئلة معروفة.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل له على رجل ألف درهم، وللمديون على رجل آخر ألف درهم، فأحال المديون صاحب دينه على غريمه بالدين الذي له عليه على أن يعطيه ما عليه، جازت الحوالة، وهذه حوالة مقيدة، وليس للمحيل أن يأخذ دينه من المحتال عليه[3]؛ لأن المحتال عليه لم يقبل الحوالة إلا بشرط تملك ما في ذمته، فإن لم يأخذ المحتال له شيئا، حتى مات المحيل، وعليه ديون كثيرة، ولم يدع مالا غير ذلك الدين، فإنه يؤخذ دينه من المحتال عليه، ويكون بين غرماء المحيل بالحصص، المحتال له أحدهم[4].

والقياس أن يختص المحتال له بذلك، - وهو قول زفر - لوجهين:

أحدهما: أن دين غرماء المحيل يتعلق بمال المحيل، وقد صار المحيل بمنزلة الأجنبي عن هذا الأجنبي[5]، وكان المحتال له أحق بهذا المال من المحيل في حياته، حتى لا يكون

---

(١) هو قاسم بن مَعن بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود. تقدم ترجمته في ص ٣٢٣.

(٢) انظر: «المبسوط» ٢٠/ ٧٨، «فتح القدير» ٧/ ٢٢٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٧، «الاختيار لتعليل المختار» ٣/ ٤.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٩، و«المبسوط» ٢٠/ ٧٠ - ٧١.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٧، و«المبسوط» ٢٠/ ٧١.

(٥) في (ج) و (د): "هذا المال".

للمحيل أن يأخذه، فيكون أحق به من غرمائه بعد وفاته[1].

ولأن المحتال له كان أسبق تعلقا بهذا المال؛ لأن حقه تعلق به في صحته، وحق الغرماء لم يتعلق في صحته، فيقدم المحتال له، كما يقدم المرتهن على غيره[2]، وغريم الصحة على غريم المرض.

ولنا: أن هذا المال للمحيل لم يثبت لغيره عليه يد الاستيفاء، فيكون مقسوما بين الغرماء[3].

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه ما ملكه من المحتال له؛ لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل، ؛ لكن بالحوالة وجب للمحتال له دين في ذمة المحتال عليه[4]، مع بقاء دين المحيل لو ملك ما في ذمته للمحتال له بالأداء، أو بالهبة ونحوها، يملك ما في ذمته للمحتال[5]؛ لا يؤدي إلا أحدهما؛ ولهذا لو توى ما على المحتال عليه، يهلك على المحيل ولم يثبت عليه أيضا يد الاستيفاء؛ لأن ثبوت اليد على ما ذمة الغير لا يتصور.

وإنما لم يكن للمحيل أن يأخذ ذلك الدين؛ لما قلنا أن المحتال عليه لم يقبل الحوالة إلا ليتملك ما في ذمته، فلو أخذ المحيل دينه، يفوت الرضى، فتبطل الحوالة[6]، بخلاف

---

(١) شرح «فتح القدير» ٧/ ٢٣٠.

(٢) شرح «فتح القدير» ٧/ ٢٣٠.

(٣) «ردّ المحتار» ٥/٣٤٧.

(٤) شرح «فتح القدير» ٧/ ٢٣٨.

(٥) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٨.

(٦) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٧.

الرهن؛ لأنه ثبت عليه يد الاستيفاء للمرتهن، ولهذا لو هلك يهلك على المرتهن، فكان هو أحق به من غيره؛ فلهذا يؤخذ دين المحيل بعد موته، ويقسم بين الغرماء بالحصص، المحتال له أحدهم[1].

وكان ينبغي أن لا يكون للمحتال له حق المزاحمة؛ لأن دينه تحوّل إلى ذمة المحتال عليه، فلا يزاحم غرماء المحيل.

وإنما أثبتنا له حق المزاحمة، لأن الحوالة كانت مقيدة بذلك المال، فإذا أخذ ذلك من المحتال عليه، فات الرضى بالحوالة، فتبطل الحوالة[2]، فيعود الدين إلى ذمة المحيل على ما كان قبل الحوالة، فيشارك الغرماء.

وإذا قسم ذلك بين الغرماء والمحتال له، لا يرجع ببقية دينه على المحتال عليه[3]؛ لأن الحوالة كانت مقيدة بذلك المال، وقد بطلت بأحدهما والتحقت بالعدم[4].

وإن ترضح هذا بمسئلة الوديعة، وهي مسئلة مبتدأة فقال: ألا ترى أنه لو قيد الحوالة بألف كانت وديعة، أو غصبا له عند المحتال عليه، يجوز، ولا يكون للمحيل أن يأخذ ذلك من المحتال عليه[5]؛ لما قلنا في الدين من تعلق حق المحتال عليه به[6]؛ ولهذا كان للمحتال

---

(١) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٧.

(٢) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٨.

(٣) «فتح القدير» ٧/ ٢٣٠.

(٤) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٧ - ٣٤٨.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٩.

(٦) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٨.

عليه أن يمسك ذلك الألف، ويدفع مكانها أخرى.

فإن مات المحيل يؤخذ ذلك المال من المحتال عليه، ويقسم بين غرماء المحيل بالحصص[1]؛ لما قلنا.

وإذا قسمت لم يكن للمحتال له أن يرجع ببقية دينه على المحتال عليه؛ لما قلنا[2]، ألا ترى أنها لو هلكت في يد المحتال عليه، تبطل الحوالة[3]. وكذا لو قال المحتال عليه: "ضاعت الوديعة عندي"، وحلف، يقبل قوله؛ لأنه أمين وتبطل الحوالة، وكذا إذا استحقت من يده، وكذلك الغصب[4]، إلا أن في الغصب إذا هلك المغصوب عند المحتال عليه، لا تبطل الحوالة؛ لأنها تهلك إلى بدل وهو الضمان؛ لكونها مضمونة فتبقى الحوالة ببقاء البدل[5].

أما الوديعة غير مضمونة، فإذا هلكت لا إلى خلف، تبطل الحوالة ضرورة[6]، ولو لم تهلك الوديعة والغصب، وأراد المحيل أخذها، لا يملك؛ لما قلنا، فإن دفعها إلى المحيل ضمن لأنه تعلق بها حق المحتال له، فيضمن بالدفع إليه[7].

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٢) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٧.

(٣) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٨.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٩.

(٥) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣١، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٧.

(٦) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٧.

(٧) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠.

ولو أحال على مديونه، أو على مودعه حوالة مطلقة، كان للمحيل أن يأخذ دينه ووديعته؛ لأنها ملكه، وإنما لم يأخذ في الحوالة المقيدة[1]؛ لأن المحتال عليه والمحتال له لم يرضيا بالحوالة إلا بهذا الشرط.

فإن قيل ينبغي أن لا يأخذ المحيل دينه ووديعته من المحتال عليه؛ لأن الحوالة أوجبت دينا على المحتال عليه[2]، ألا ترى أنه لو لم يكن على المحتال عليه دين، كان للمحتال عليه أن يرجع على المحيل[3]، فإذا وجب للمحتال عليه على المحيل مثل ما كان عليه، يصير قصاصا[4].

قلنا: عنه جوابان:

أحدهما: أنه[5] لا يجب الدين للمحتال عليه بنفس الحوالة، وإنما يجب إذا ملك ما في ذمته؛ ولهذا لو أبرأ المحتال له المحتال عليه، لا يرجع المحتال عليه على المحيل[6].

الثاني: أن الدين إن وجب بنفس الحوالة إلا أنه مؤجل إلى وقت الأداء، لا يطالبه في الحال، ودين المحيل على المحتال عليه حال[7]، فلا تقع المقاصة.

---

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٧.

(٢) «فتح القدير» ٧/ ٢٢٢.

(٣) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٩.

(٤) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠، مادة ٦٩١.

(٥) "أنه" ساقط من (ج) و (د).

(٦) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٨، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

(٧) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠، مادة ٦٩١.

فإن أخذ المحيل ماله على المحتال عليه، ثم استوفى المحتال دينه من المحتال عليه، كان للمحتال عليه أن يرجع على المحيل بدينه[١]؛ لأنه قضى دينه بأمره فيرجع، كما لو قبل الحوالة، ولم يكن عليه دين للمحيل[٢]، وإن لم يقبض واحد منهما حقه حتى مات المحيل وعليه ديون، يؤخذ حق المحيل من المحتال عليه، ويقسم بين غرماء المحيل، لا حق للمحتال له في ذلك[٣]؛ لأن الحوالة كانت مقيدة حتى تبطل بأخذ المال من المحتال عليه[٤]، فيصير المحتال له من غرماء المحيل[٥]، بل كانت مطلقة، وقد برئت ذمة المحيل عن دين المحتال له، فلا يزا ـم المحتال له غرماء المحيل.

لكن القاضي يستوثق من كل واحد من الغرماء بكفيل ثقة[٦]؛ لأن للغرماء مزاحما في هذا المال، فإن المحتال عليه لو أدى حق المحتال له، يستوجب الرجوع في تركة المحيل[٧]؛ لأن السبب كان في حياته وصحته وهو قبول الحوالة، كمن كفل في صحته لرجل بما ذاب له على فلان، ثم مرض وعليه ديون الصحة، ثم ذاب للمكفول له على فلان

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٩.

(٢) «فتح القدير» ٧/ ٣٢٤، و«مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠.

(٣) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠.

(٤) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠.

(٥) «فتح القدير» ٧/ ٢٢٨، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٦) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٧.

(٧) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٨.

دين، كان للمكفول له مشاركة غرماء الكفيل[1].

وكذا لو كفل بالدرك[2]، ثم لحقه الدرك في المرض، وكذا لو استحق المبيع من يد المشتري بعد موت البائع، فإن المشتري يشارك غرماء البائع؛ لوجود السبب في الصحة[3].

ولو مات المحتال عليه مفلسا، وتوى ما عليه، كان للمحتال له أن يشارك غرماء المحيل فيما أخذوا من ماله[4]؛ لعود دينه، فإذا تيقن القاضي بوجود المزاحم يأخذ منهم كفيلا احتياطا ونظرا للمستحق حتى إذا ظهر المزاحم، يمكنه التدارك[5].

قيل: هذا قول أبي يوسف ومحمد، أما على قول أبي حنيفة لا يأخذ منهم كفيلا[6]؛ قياسا على مسألة ذكرها في المبسوط والجامع الصغير إذا ادعى ميراثا وإقام البينة ولم يقل[7] الشهود أنهم لا يعلمون له وارثا آخر، ولم يذكروا عدد الورثة، عندهما يأخذ منه كفيلا ويدفع المال إليه، وعند أبي حنيفة لا يأخذ، وقيل: هذا قول الكل.

وفرقوا لأبي حنيفة بين هذا وبين مسئلة الميراث، فقالوا: في مسئلة الميراث القاضي

---

(١) «المبسوط» ٢٠/١٢٨.

(٢) الكفالة بالدرك: هي الكفالة بأداء ثمن المبيع وتسليمه، أو بنفس البائع، إن استحق المبيع. انظر المادة: ٦١٦ من «مجلة الأحكام العدلية».

(٣) «المبسوط» ٢٠/١٢٨.

(٤) «فتح القدير» ٧/ ٢٣١.

(٥) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٧.

(٦) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٧.

(٧) من قوله: "ذكرها في الجامع" إلى قوله: "ولم يقل" ساقط من (ج) و (د).

لم يتيقن بوجود المزاحم، بل ذاك موهوم، وهنا تيقن بالمزاحم، إلا أنه مجهول جهالة يسيرة، أما هذا أو ذاك والجهالة اليسيرة تتحمل في الكفالة[١].

فإن قيل: إذا علم القاضي بالمزاحم، ينبغي أن يعزل نصيب المزاحم، ويقسم الباقي بين الغرماء، كرجل مات وعليه ديون، وأحد الغرماء غائب، فعلم القاضي بذلك، فإنه يعزل نصيب الغائب، ويقسم الباقي.

قلنا: ثمة المستحق معلوم عند القاضي، فكان للقاضي أن ينصب عنه خصما، فيعزل نصيبه، أما هنا قيام حق الغير معلوم، والمستحق مجهول جهالة يسيرة، فأثبتنا حكما بينهما، وقلنا بأنه لا يعزل النصيب لمكان الجهالة، ولأجل أن الجهالة يسيرة يستوثق بأخذ الكفيل[٢].

الفصل الثاني:

لو كانت الحوالة بألف كانت للمحيل على المحتال عليه، ثم إن المحتال له[٣] أبرأ المحيل عليه[٤]، برئ المحيل والمحتال عليه، المحيل بالحوالة، والمحتال عليه بالإبراء، ويرجع المحيل بدينه على المحتال عليه[٥]؛ لأن الدين كان قائما، والمانع من الرجوع تعلق

---

(١) الجوهرة النيرة شرح القدوري ١/ ٤٠٣.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ٦، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٥٨.

(٣) في (ج) و (د): "المحتال عليه".

(٤) قوله: "أبرأ المحيل عليه" ساقط من (ج) و (د).

(٥) شرح «فتح القدير» ٧/ ٢٣٠، و«فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٩، والجوهرة النيرة شرح القدوري ١/ ٤٠٨.

حق المحتال له بذلك، وقد زال فيرجع، كما لو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين، كان للراهن أن يأخذ رهنه[1].

ولو وهب المحتال له مال الحوالة للمحتال عليه، جازت الهبة، ولا يكون للمحيل أن يرجع بدينه على المحتال عليه[2].

فرق بين الإبراء وبين الهبة، ووجه الفرق: أن الهبة تمليك لو أضيفت إلى العين تفيد ملك العين[3]، فإذا أضيفت إلى الدين، والدين مال، يحتمل التمليك[4]، فإنه يصلح صداقا ونصابا بالزكاة، ويجري فيه الإرث والوصية ونحو ذلك[5]، ملك المحتال عليه ما في ذمته، وقام في ذلك مقام المحيل.

ألا ترى أنه لو لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين، أو كانت الحوالة مطلقة، ووهب المحتال له المال للمحتال عليه، كان للمحتال عليه أن يرجع على المحيل بدين الحوالة، فإذا كان عليه دين للمحيل، لو رجع المحيل بدينه على المحتال، كان للمحتال عليه أن يرجع على المحيل، فإذا لم يكن فيه فائدة، وقعت المقاصة[6]، أما الإبراء إسقاط

---

(١) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٠.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٩.

(٣) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٦١.

(٤) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٦٣.

(٥) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٦٣.

(٦) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

محض، ليس فيه معنى التمليك[1]؛ ولهذا لو أضيف إلى العين، لا يكون تمليكا للعين، فكذا لو أضيف إلى الدين، والساقط يتلاشى، فلو رجع المحيل بدينه على المحتال عليه، لم يكن للمحتال عليه أن يرجع على المحيل بشيء؛ لأنه لا دين له في ذمته، فيرجع على المحيل بدينه[2].

ألا ترى أنه لو لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين، إذا كانت الحوالة مطلقة، فأبرأ المحتال له المحتال عليه، لا يرجع المحتال عليه بشيء على المحيل[3]، ويرجع في الهبة والميراث، ألا ترى أنه لو كان مكان الحوالة كفالة بأمر الأصيل، فأبرأ الكفيل، لا يرجع الكفيل على الأصيل، ويرجع الطالب على الأصيل[4].

ولو وهب الكفيل، أو مات الطالب، وورثه الكفيل، رجع الكفيل على الأصيل؛ لأنه ملك ما في ذمته فيرجع[5]، كما لو ملك بالأداء، وكذا لو أوصى له به.

---

(١) اختلفت الفقهاء في حقيقة الإبراء، هل هو إسقاط للحق عمن هو عليه، أو هو تمليك له؟ واختار الإمام قاضي خان أن الإبراء إسقاط، وقد صرّح به في كتاب البيوع أيضا، ص ٩٦٢، والصحيح أن الإبراء إسقاط في بعض الحقوق وتمليك في بعضها الآخر. راجع للتفصيل «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ٣١٤، ٣١٥، «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص١٧١. «مجلة الأحكام العدلية» المادة ١٥٣٦، ص ٢٩٨.

(٢) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٨، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٧٧.

(٣) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٥، و«ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٨.

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

(٥) الجوهرة النيّرة شرح القدوري ١/ ٤٠٤، و«فتح القدير» ٧/ ١٥٤.

والكفالة والحوالة سواء إلا في خصلة واحدة، وهو أنه لو أبرأ الكفيل، لا يبرأ الأصيل، سواء كانت الكفالة مطلقة، أو مقيدة بالمال الذي كان للأصيل على الكفيل[١]، وفي الحوالة يبرأ المحيل[٢]؛ لأن الكفالة التزام للمطالبة بما على الأصيل، فكان إبراء الكفيل اسقاطا للمطالبة عن الكفيل، فبقي المال على الأصيل[٣]، كما كان.

أما الحوالة نقل الدين إلى ذمة المحتال عليه[٤]، فكان براءة المحتال عليه إسقاطا لأصل الدين، فيبرأ المحيل بالحوالة، والمحتال عليه بالإبراء[٥].

قال[٦] رجل له على رجل ألف درهم، فاحتال بها الطالب على رجل آخر على أن أبرأ الأصيل بغير أمر الأصيل جاز؛ لأنه تبرع بالتزام الدين في الذمة[٧]، وليس فيه إلحاق الضرر بالمطلوب، ولا إدخال الشيء في ملكه، فيصح، كما لو تبرع عنه بقضاء الدين، أو بقضاء دين الميت أو تبرع بالكفالة[٨]، فإن مات المحتال له، فورثه المحتال عليه، أو وهب

---

(١) الجوهرة النيّرة ١/ ٤٠٥، و«مجلة الأحكام العدلية» ص ١٢٤.

(٢) الجوهرة النيّرة ١/ ٤٠٨، و«مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٨.

(٣) «فتح القدير» ٧/ ١٥٤.

(٤) الجوهرة النيرة شرح القدوري ١/ ٤٠٧.

(٥) الجوهرة النيرة شرح القدوري ١/ ٤٠٨، و«فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٤، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٨.

(٦) "قال" ساقط من (ج) و (د).

(٧) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٧، و«فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٥.

(٨) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

المال للمحتال عليه، لا يرجع على الأصيل[1]؛ لأن المحتال عليه لو ملك ما في ذمته بالأداء، لا يرجع على الأصيل؛ لانعدام سبب الرجوع، وهو الأمر[2]، وكذا إذا ملك ما في ذمته بميراث، أو هبة.

وإن مات المحتال له، وورثه الأصيل، كان للأصيل أن يرجع بالمال على المحتال عليه، لأن الوارث يقوم مقام المورث فيما يكون للميت، وقد كان للمحتال له حق مطالبة المحتال عليه بالمال، فثبت ذلك لوارثه[3].

فرق بين هذا وبين ما إذا كانت الحوالة بأمر الأصيل، فمات المحتال له، وورثه الأصيل، . ئ المحتال عليه؛ لأن الحوالة إذا كانت بأمر الأصيل ومات المحتال له، وورثه الأصيل، لو رجع الأصيل على المحتال عليه، كان للمحتال عليه أن يرجع على المحيل[4]؛ لأن الأداء إلى الوارث يكون بمنزلة الأداء إلى المورث[5].

ولو أدى المحتال عليه المال إلى المحتال له، والحوالة تكون بأمر الأصيل، رجع المحتال عليه بذلك على الأصيل، فكذا إذا أدى [إلى][6] وارثه، فلا يفيد.

أما إذا كانت الحوالة بغير أمر الأصيل، لو أدى المحتال عليه المال إلى المحتال، لا

---

(١) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٥.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

(٣) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٥.

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٩، و«فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٥.

(٥) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٥.

(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

يرجع بذلك على الأصيل[١]؛ لما قلنا، فكذا إذا أدى إلى وارثه، فيفيد رجوع الأصيل على المحتال، فيرجع الأصيل على المحتال عليه؛ لوجود سبب الرجوع، وهو ملك ما في ذمة المحتال عليه[٢].

ولو كان مكان الحوالة كفالة بغير أمر الأصيل، جاز، وكان له أن يأخذ أيهما شاء[٣].

فإن وهب الطالب المال للكفيل، أو للأصيل، أو مات الطالب وورثه الكفيل أو الأصيل، لا يرجع أحدهما على صاحبه بشيء[٤]، أما إذا ورثه الكفيل، أو وهب المال للكفيل؛ لأن الكفيل ملك ما في ذمته بالهبة، أو بالميراث[٥].

ولو ملك ما في ذمته بالأداء، لا يرجع على الأصيل[٦]، وبرئ الأصيل، فكذلك إذا ملك ما في ذمته بسبب آخر، بخلاف ما إذا كانت الكفالة بأمر الأصيل فملك الكفيل ما في ذمته بالهبة، أو بالميراث، يرجع على الأصيل؛ لأنه لو ملك بالأداء، يرجع[٧]، فكذا إذا ملك بسبب آخر.

---

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٩.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٩.

(٣) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٨.

(٤) الجوهرة النيرة شرح القدوري ١/ ٤٠٤.

(٥) «فتح القدير» ٧/ ١٩٤.

(٦) الجوهرة النيّرة شرح القدوري ١/ ٤٠٤.

(٧) «فتح القدير» ٧/ ١٧٨، و«فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٠.

وأما إذا مات الطالب، وورثه الأصيل، أو وهب المال له، برءا جميعا، ولا يرجع الأصيل على الكفيل؛ لأن الأصيل ملك ما في ذمته بالميراث، أو بالهبة، فيبرأ[١]، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل[٢]، فلا يرجع[٣]، وفي الحوالة بغير أمره يرجع؛ لأن ذمة الأصيل برئت بالحوالة، فإذا مات الطالب، وورثه الأصيل، لم يملك الأصيل شيئا في ذمة نفسه، وإنما ملك ما في ذمة المحتال عليه، فيرجع بذلك على المحتال عليه[٤].

مكاتب أحال مولاه على رجل بمكاتبته، إن لم يكن للمكاتب عليه دين، ولا في يده عين، لا تصح الحوالة[٥]؛ لأن الحوالة نقل الدين إلى ذمة المحتال عليه[٦]، فكان الواجب على المحتال عليه عين ما كان واجبا على المحيل حكما.

ولهذا لو أحال ببدل الصرف، ورأس مال السلم على رجل، وافترقا قبل القبض من المحتال عليه، يبطل العقد[٧]، ولا يصح الاستبدال به مع المحتال عليه، كما لا يصح مع المحيل، وبدل الكتابة ليس بلازم على المكاتب، بل هو سبيل من إسقاطه بالعجز[٨]،

---

(١) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٠.

(٢) «فتح القدير» ٧/ ١٨١.

(٣) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٤.

(٤) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٥.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٦) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٢٧.

(٧) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٣، و«فتح القدير» ٧/ ٢٢٨.

(٨) «بدائع الصنائع» ٦/ ٨.

فلو صحت الحوالة ببدل الكتابة، ولزم المحتال عليه، يكون الواجب على المحتال عليه غير ما كان واجبا على المحيل، وذلك باطل، لهذا المعنى لا تصح الكفالة ببدل الكتابة[1]، فكذلك الحوالة، ولأن الكفالة والحوالة شرعت للتوثق[2]، فلا تليق بمال لا يحتم على الأصيل.

وإن أحاله المكاتب على رجل عليه دين للمحيل، أو عين في يده، فإن أطلق الحوالة ولم يقيدها بذلك المال فكذلك؛ لما قلنا في الوجه الأول، وإن قيد الحوالة بذلك المال، جازت الحوالة، ويكون توكيلا لمولاه بقبض المال من المحتال عليه وأمراً للمحتال عليه[3] بتسليم المال إلى المولى؛ ليأخذ قضاء عن حقه[4]، ويكون معنى الضمان فيه تبعا، والحوالة تذكر في التوكيل.

ذكر محمد في «كتاب المضاربة»[5]:

إذا صار مال المضاربة دينا على الناس، وليس في المال ربح، وامتنع المضارب عن التقاضي، يقال للمضارب: "أحل رب المال على الغرماء" أي وكله[6]، وإذا جازت

---

(١) «فتح القدير» ٧/ ٢١٩، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٦.

(٢) «فتح القدير» ٧/ ٢٢٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

(٣) "وأمرا للمحتال عليه" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠١.

(٥) أي المضاربة من «كتاب الأصل».

(٦) قال العلامة اللكنوي: لأن الحوالة تستعمل في موضع الوكالة بمعنى النقل، وإنما أمر بالتوكيل لأن العهدة على العاقد، والأمر ليس بعاقد، فأمر بالتوكيل ليصلح مطالبة رب المال وكذلك على

الحوالة المقيدة من المكاتب، برئ المكاتب وعتق.

ولا يقال: إذا كانت الحوالة توكيلا للمولى بقبض المال من المحتال عليه، وجب أن لا يبرأ المكاتب، كما لو صرح بالتوكيل.

قلنا: اللفظة لفظة الحوالة، والمعنى معنى التوكيل[1]، فحكم بجوازها باعتبار المعنى، ووقعت البراءة بحكم اللفظ، وبراءة المكاتب عن البدل توجب العتق[2]، فيعتق، كما لو أبرأه صريحا.

فإن هلكت الوديعة التي تقيدت بها الحوالة، أو مات المحتال عليه مفلسا، وتوى ما عليه من الدين والغصب، تبطل الحوالة، ويعود البدل إلى ذمة المكاتب، يرجع المولى بالمكاتبة على ما تقدم، ولا يبطل العتق[3]؛ لأن العتق بعد وقوعه لايحتمل الانتقاض.

هذا كما لو أدى بدل الكتابة فاستحق المؤدى، أو رد بعيب الزيافة، فإنه ينتقض الاستيفاء[4]، ولا ينتقض العتق، كذلك هنا.

ولو كان المولى هو الذي أحال غريما من غرمائه على المكاتب، إن أطلق الحوالة ولم

هذا كل توكيل بالبيع. «النافع الكبير» شرح الجامع الصغير ص٤٢١. طبع إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي.

(١) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٦.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠١.

(٤) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٨.

يقيدها ببدل الكتابة، لا تصح[1]؛ لأن قبول الحوالة المطلقة تبرع، والمكاتب ليس من أهل التبرع، فلا تصح كما لا تصح كفالته.

وإن قيد الحوالة ببدل الكتابة صحت، كأنه وكل المحتال بقبض البدل من المكاتب، وأمر المكاتب بدفع البدل إليه، ليأخذ المحتال قضاء لحقه، ولا يعتق المكاتب قبل الأداء؛ لأن عتقه معلق بالبراءة عن بدل الكتابة، ولم يبرأ بل هو مطالب بأداء البدل[2].

فإن قيل: ينبغي أن يعتق؛ لأنه برئ عن دين المولى، حتى لا يكون للمولى أن يطالبه بأداء المكاتبة.

قلنا إنما لا يطالبه؛ لتعلق حق المحتال له، لا لسقوط دين المولى؛ ولهذا لو مات المولى، وعليه ديون، يستوفى بدل المكاتبة من المكاتب، ويقسم بين المحتال وغرماء المولى بالحصص، فلا يحكم بعتقه[3].

ولو باع المكاتب من مولاه عبد المكاتبة، جاز ويعتق، أما جواز البيع؛ لأنه التحق بالأحرار في حق المكاسب، وإذا جاز البيع استحق الثمن على المولى، فيصير قصاصا ببدل الكتابة، فيعتق، فإن هلك العبد قبل أن يقبضه المولى، بطل البيع، كما لو باع من أجنبي فهلك قبل التسليم، ويرجع المولى بالمكاتبة على المكاتب، ولا ينتقض العتق؛ لأنه لا يحتمل الانتقاض بعد الوقوع، ولو لم يهلك العبد، لكنه استحق في يد المكاتب، لا يعتق المكاتب؛ لأنه باع مال الغير، فلا يجب الثمن قبل الإجازة، فلا تقع المقاصة ببدل الكتابة،

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠، و«الهداية» ٣/ ٣٤٠.

بخلاف ما إذا هلك العبد قبل التسليم؛ لأن ذلك البيع أوجب الثمن للمكاتب، فصار قصاصا، ثم بهلاك العبد انتقضت المقاصة بعد وقوعها، فلا يظهر انتقاضها في حق العتق.

ولو كان المولى قبض العبد من المكاتب، ثم استحق من يده، عتق المكاتب ويرجع المولى عليه ببدل الكتابة؛ لأنهما جعلا بدل الكتابة بدلا عن العبد المستحق، وبدل المستحق يملك عند تسليم المستحق؛ لأنه يستحق الضمان على القابض، ألاترى أن من اشترى عبدا بجارية وتقابضا، ثم استحقت الجارية، بقي العبد مملوكا للقابض ينفذ إعتاقه فيه، فإذا سلم العبد إلى المولى، ملك المكاتب ما في ذمته، فيبرأ ويعتق.

ثم باستحقاق العبد تنتقض المقاصة والبراءة بعد وقوعها، فيعود الدين إلى ذمة المكاتب، ولا يظهر أن البراءة لم تكن، فلا ينتقض العتق.

أما إذا استحق العبد قبل التسليم إلى المولى، لم يملك المكاتب ما في ذمته؛ لأن في ذمته بدل المستحق، فلا يملك قبل تسليم المستحق فلا يعتق.

ولو أحال المولى غريما له على المكاتب حوالة مقيدة بالكتابة، ثم أعتقه المولى نفذ إعتاقه؛ لأنه بقي على ملكه بعد قبول الحوالة، فيعتق، وتبطل الكتابة؛ لوقوع الاستغناء عنها، ولا تبطل الحوالة استحسانا، يأخذ المحتال له دينه من المكاتب، ثم يرجع المكاتب بذلك على المولى؛ لأنه قضى دينه بأمره، والقياس أن تبطل الحوالة[1]، وهو قول زفر.

وكذا لو كاتب أم ولده، وأحال عليها ببدل الكتابة غريما له، ثم مات، عتقت وتبطل الكتابة، ولا تبطل الحوالة[2].

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

وكذا لو باع عبدا، أو أحال على المشتري بالثمن غريما له، ثم انفسخ بيع العبد بينهما بهلاك العبد قبل التسليم، أو بخيار رؤية، أو شرط، أو بخيار عيب قبل القبض أو بعده، بقضاء القاضي، يبطل الثمن، ولا تبطل الحوالة استحسانا[1]، وفي القياس تبطل الحوالة في الفصول كلها.

وإن استحق العبد المبيع تبطل الحوالة قياسا[2] واستحسانا.

وكذلك في مسئلة أول الباب أنه إذا مات المحيل بالحوالة المقيدة مفلسا، وعليه ديون، يؤخذ ماله من المحتال عليه، ويقسم بين المحتال له، وبين غرمائه بالحصص[3]، وتبطل الحوالة بقدر ما استحق على المحتال له.

وكذا لو كانت الحوالة مقيدة بالوديعة، والغصب، فاستحقت الوديعة والغصب، أو هلكت الوديعة، تبطل الحوالة قياسا واستحسانا[4].

وجه القياس: أنه لم يقبل الحوالة المطلقة، وقد فات ما تقيدت به الحوالة، فتبطل الحوالة، كما في الاستحقاق وهلاك الوديعة.

ولنا أن الحوالة قد صحت وأوجبت حقا للمحتال له، فلا تبطل بفوات ما تقيدت به الحوالة، إذا فات بفعل المحيل، أو المحتال عليه، كما لو أحال الثمن على المشتري ثم

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠، و«مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠، و«مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠، و«مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠.

(٤) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٧.

تقايلا[1].

وفي إعتاق المكاتب بطلت المكاتبة بإعتاق المولى فلا تظهر في حق المحتال له، وكذا إذا أحال بالثمن ثم انفسخ بينهما بخيار الشرط، والرؤية، والعيب، بطل الثمن بفعل المحيل، أو المحتال عليه، فلا تبطل الحوالة بمنزلة الإقالة[2].

ألا ترى أن الفسخ بهذه الأسباب لا يبطل حق الشفيع، ويجعل بمنزلة الإقالة فكذلك هنا.

وفي هلاك المبيع قبل التسليم، انفسخ البيع بفعل البائع، وهو ترك التسليم، أما في فصل الاستحقاق لم تبطل ما تقيدت به الحوالة بفعل المحيل، أو المحتال عليه، فلا يجعل كالقائم، فتبطل الحوالة ضرورة[3].

وفي المسئلة الأولى من الباب بطل ما تعلقت به الحوالة باستحقاق الغرماء، فتبطل الحوالة[4]، ولأن في الاستحقاق لو بقيت الحوالة يلزمه أداء المال مرتين: مرة إلى المستحق، ومرة إلى المحتال له، ولم يلزم إلا مرة واحدة، فلا يجوز إلزام الزيادة، وفي هلاك الوديعة، لو بقيت الحوالة، تصير الوديعة مضمونة عليه[5]، وهو لم يلتزم ضمان الوديعة، أما في غيرهما من المسائل لو بقيت الحوالة، لا يلزمه إلا قدر ما التزم، فتبقى الحوالة.

---

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٧.

(٢) «مجلة الأحكام العدلية» ص١٣٠.

(٣) «مجلة الأحكام العدلية» ص١٣٠.

(٤) «مجلة الأحكام العدلية» ص١٣٠، و«المبسوط» ٢٠/ ٨٧.

(٥) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٧، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٩.

ثم استشهد بمسئلة مبتدأة، وهي مسئلة الغصب فقال: إذا مات المغصوب في يد الغاصب، فأقر الغاصب أنه كان اغتصبه من فلان، كان عليه قيمته للمقر له[1]، فإن أقام رجل آخر البينة أن المغصوب عبده اغتصبه منه، يقضى بالقيمة لصاحب البينة[2]؛ لأن البينة حجة متعدية، ولأنه ما أقر على نفسه إلا بقيمة واحدة، وقد استحقت، فلو أن المقضى له وهب القيمة للغاصب قبل القبض، أو أخذ القيمة، ثم وهب عين المأخوذ للغاصب، أو مات المقضى له، فورثها الغاصب، أو ورث مثلها من ماله، أو أوصى له بتلك القيمة، أو بمثلها، كان للمقر له أن يأخذها، أو مثلها من الغاصب؛ لأن في زعم الغاصب أن القيمة كانت للمقر له، وأن المقضى له كان ظالما، فإذا عادت إليه أمر بتسليمها إليه، كمن أقر لغيره بمال لا يملكه، ثم ملكه.

ولو وهب المقضى له للغاصب ألفا أخرى سوى المقبوض، سلم للغاصب، ولا سبيل للمقر له عليه؛ لأن الغاصب وإن زعم أن المقضى له كان ظالما، وأن ما قبض منه صار دينا عليه، لكن المديون لو وهب لصاحب الدين شيئا، سلم ذلك له بالهبة، لا بطريق قضاء الدين.

فرق بين هذا وبينما لو مات المقضى له، فورث الغاصب منه ألفا أخرى غير المقبوض، كان للمقر أن يأخذها؛ لأن في فصل الموت يزعم الغاصب أن ما أخذ كان دينا عليه، والدين مقدم على الميراث، فما وصل إليه يجعل واصلا بجهة الدين بدلا عن المأخوذ، ووصول البدل إليه كوصول عينه، فكان للمقر له أن يأخذ.

---

(١) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٧٢.

(٢) الجوهرة النيّرة ١/ ٤٣٨.

وكذا لو أوصى المقضى له للغاصب بألف من ماله، غير ما أخذ منه، كان للمقر له أن يأخذها؛ لأن الدين كما يقدم على الميراث، يقدم على الوصية، فما وصل إلى الغاصب يكون واصلا بجهة الدين، بخلاف الهبة؛ لأن الدين لا يتعلق بمال الرجل في حياته وصحته.

الفصل الرابع[١]:

رجل عليه ألف لرجل، وللمديون على رجل (آخر)[٢] ألف درهم، فأحال المديون الأول صاحب دينه على غريمه على أن يؤدي مما عليه، ثم مرض المحيل، فقضى المحتال عليه دين المحتال له، ثم مات المحيل وعليه ديون كثيرة، ولم يدع مالا غير ما كان له على المحتال عليه، سلم المقبوض للمحتال له[٣]؛ لأن المقبوض مال المحتال عليه لا مال المحيل؛ لما عرف أن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها، لكن يؤخذ دين المحيل من المحتال عليه، ويقسم بين الغرماء، المحتال عليه أحدهم؛ لأن المحتال عليه قضى دين المحيل بأمره، فوجب له على المحيل مثل ذلك، فصار ما في ذمة المحتال عليه قصاصا بما وجب له على المحيل، وصار المحتال عليه مستوفيا ما وجب له على المحيل في مرض المحيل[٤]، ولا يسلم له ذلك، بل يكون لغرماء المحيل، المحتال عليه[٥] أحدهم[٦].

---

(١) في (ج) و (د): "الثالث".

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٤) في (ج) و (د): "في مرضه".

(٥) تكرّر في الأصل هنا كلمة "المحتال عليه" وهو سهو.

فإن قيل: المحيل قبض ألفا في مرضه من المحتال عليه، عوضا عما في ذمة المحتال عليه؛ لأن قبض المحتال له بأمره كقبضه بنفسه، فينبغي أن لا يكون لغرما المحيل المشاركة مع[1] المحتال عليه فيما كان في ذمة المحتال عليه[2]، كما لو استقرض المريض ألفا ثم قضى القرض، كان المقبوض للمقرض خاصة.

قلنا: القرض إعارة حكما؛ كيلا يكون صرفا بالنسيئة، فصار قضاء القرض بمنزلة رد العارية، والمريض يملك العارية، ولأن في مسئلة القرض وإن قضى المستقرض ألفا، تعلق به حق الغرماء، فقد قضى ما يتعلق به حق الغرماء أيضا، فكان محولا لا يكون[3]، كما لو اشترى المريض شيئا بمثل قيمته، وتوى الثمن، أما في مسئلتنا ما دفع المحتال عليه إلى المحتال له، لا يتعلق به حق غرماء المحيل؛ لما مر، وما في ذمة المحتال عليه يتعلق به حق غرماء المحيل[4]، فلو جعل ما في ذمة المحتال عليه قصاصا بما دفع إلى المحتال له، كان المحيل مبطلا حق غرمائه، فلا يصح.

ونظيره: المريض إذا تزوج امرأة، وأوفاها مهرها، ثم مات، وعليه ديون، لا يسلم المقبوض للمرأة، بل يكون بينها وبين الغرماء بالحصص؛ لأن ما دفع إلى المرأة تعلق به حق

---

(٦) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٩.

(١) في (ج) و (د): "للغرماء حق المشاركة مع" مكان "لغرما المحيل".

(٢) في (ج) و (د): في ذمته".

(٣) في (ج) و (د): "لا مبطلا".

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

الغرماء، وما وصل إلى المريض وهو ملك البضع، لا يتعلق به حق الغرماء كذلك[1].

ولا يقال: بأن ما في ذمة المحتال عليه، لو صار قصاصا بما وجب له على المحيل، كان المحيل مقتضيا في مرضه لا قاضيا[2]؛ لأن في المقاصّة آخر الدينين يكون قضاء عن الأول، وآخر الدينين هاهنا[3] دين المحتال له، والمريض لا يمنع عن اقتضاء الدين؛ لأنا نقول: كيف ما كان، فقد قطع المحتال عليه يد الغرماء عما في ذمته، فلا يصح، كمن تزوج امرأة في مرضه على ألف درهم، وقد كان له عليها ألف قبل ذلك، لا يسلم ذلك للمرأة، بل يؤخذ منها دين الزوج، ويقسم بينها وبين الغرماء.

ولو كانت الحوالة مقيدة بوديعة كانت للمحيل[4] عند المحتال عليه، ثم مرض المحيل، فدفع المحتال عليه الوديعة إلى المحتال له، ثم مات المحيل، وعليه ديون كثيرة، لا يضمن المودع شيئا[5]؛ لأنه أمين وافق أمره، ولا تسلم الوديعة للمحتال له، بل لغرماء المحيل مشاركة المحتال له فيها؛ لأن المحتال عليه قضى بالوديعة دين المحيل بأمره فصار قضاؤه كقضاء المحيل بنفسه[6].

---

(١) "كذلك": ساقط من (ج) و (د).

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٩، و«مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠.

(٣) "هاهنا" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "كانت للمحيل" ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٦) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

ولو أن المحتال عليه أمسك الوديعة، وقضى الدين المحتال[1] من مال نفسه، كان له أن يرجع في الوديعة، ولا يكون متبرعا استحسانا[2].

ومن هذا الجنس مسائل:

إحداها: هذه.

ومنها[3]: الوكيل بقضاء الدين إذا أمسك دراهم الموكل، وقضى الدين من مال نفسه، والوكيل بالشراء، والوكيل بالانفاق على العيال إذا أمسك مال الموكل، ونقد الثمن، وأنفق من مال نفسه، في القياس يكون متبرعا[4]؛ لأنه قضى دينه بمال نفسه بغير أمره، وفي الاستحسان لا يكون متبرعا؛ لوجهين:

أحدهما: أن مقصود الآمر قد حصل، فكان إذنا له دلالة.

والثاني: أن في التعيين تضييقا على الموكل[5]، فربما يأخذه الطالب في السوق، أو في مصر آخر، فلو تقيد الأمر بالوديعة، تكلف حملها مع نفسه، وفيه من الحرج ما لا يخفى، فجعل مأذونا فيه، ولا يجعل متبرعا.

إذا ثبت هذا نقول: إذا مات المحيل وعليه ديون، سلم للمحتال ما قبض؛ لأنه مال المحتال، لا مال المحيل، ولا تسلم الوديعة للمحتال عليه، بل تكون بينه وبين غرماء المحيل

---

(١) "المحتال" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٣) في (ج) و (د): "الثانية".

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٦٢٨، والجوهرة النيّرة ١/ ٣٨٩، و«المبسوط» ١٩/ ٧٥.

(٥) في (ج) و (د) "الوكيل".

بالحصص[1].

الفصل الخامس[2]:

رجل باع عبدا بألف درهم حالة، كان له أن يحبسه بالثمن، فإن أحال البائع غريما له على المشتري بما عليه من الثمن، لا يبقى للبائع حق الحبس[3]، وإن أحال المشتري البائع على غريم من غرمائه، كان للبائع أن يحبس المبيع حتى يأخذ حقه من المحتال عليه في ظاهر الرواية[4].

فرق فقال: إن أحيل البائع، يبقى حق الحبس، وإن أحال البائع على المشتري بالثمن، لا يبقى له حق الحبس[5].

وفرق بين البيع وبين المكاتب[6]، إذا أحال المولى على المكاتب ببدل الكتابة، لا يعتق المكاتب، وإذا أحال المكاتب مولاه على رجل، عتق المكاتب[7].

جعل الجواب في المكاتب على عكس ما ذكر في البيع؛ ووجه ذلك: أن بطلان حق الحبس في البيع متعلق بسقوط حق المطالبة بالثمن، لا بسقوط الثمن، ألا ترى أنه لو أجل

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠، و«المبسوط» ٢٠/ ٨٧.

(٢) في (ج) و (د): "الرابع".

(٣) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٧.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٥، و«فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٧.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٥.

(٦) في (ج) و (د): "الكتابة".

(٧) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠، ٣٠١.

الثمن، يبطل حق الحبس، فإذا أحيل البائع، بقيت له المطالبة بالثمن، إلا أن المحتال عليه قام مقام المشتري في تحمل المطالبة؛ ولهذا كان للمحتال عليه[١] أن يرجع بما أدى على المشتري[٢]، فكان نائبا عن المشتري وإذا بقيت المطالبة، بقي حق الحبس.

أما البائع إذا أحاله على المشتري بالثمن، لا يبقى له ولاية المطالبة بالثمن، لا بنفسه ولا بنائبه، أما بنفسه فظاهر، وأما بنائبه فلأن المحتال له قابض دين نفسه، فلا يصلح نائبا عن غيره، وإذا بطلت المطالبة، بطل حق الحبس[٣].

ولا يقال: إذا أحيل البائع، لم يبق له مطالبة المشتري[٤]، وبطلان حق الحبس متعلق بسقوط مطالبة البائع عن المشتري[٥]؛ لأنا نقول: بقيت له مطالبة نائب المشتري، فكانت المطالبة باقية معنى، أما المكاتب فعتقه معلق بالبراءة عن البدل[٦]، لا بسقوط المطالبة؛ ولهذا لا يعتق بتجيل البدل[٧]، فإذا أحال المكاتب مولاه على رجل، برئ المكاتب فيعتق[٨]، وإذا أحيل على المكاتب، لم يبرأ فلا يعتق.

---

(١) في (ج) و (د): "كان له".

(٢) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٩.

(٣) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٧.

(٤) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٨.

(٥) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٨.

(٦) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٧) في (ج) و (د): "بالتأجيل".

(٨) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠١.

أما بطلان حق الحبس في البيع متعلق بسقوط المطالبة عن المشتري[١].

ثم استشهد لمسئلة البيع بمسئلة الرهن فقال: إذا أحال الراهن المرتهن على رجل، لم يكن له أن يأخذ رهنه حتى يأخذ المرتهن حقه من المحتال عليه، بمنزلة المشتري إذا أحال البائع، كان للبائع أن يحبس المبيع حتى يأخذ حقه من المحتال عليه[٢].

ولو أحال المرتهن غريما له على الراهن حوالة مقيدة بالدين، كان للراهن أن يأخذ رهنه من المرتهن[٣]، بمنزلة البائع إذا أحال على المشتري بالثمن[٤].

سوّى في هذا الباب بين البيع وبين الرهن؛ لأن المبيع محبوس بالثمن بمنزلة الرهن[٥]، وذكر في الباب المتقدم.

وسوّى بين الراهن وبين المرتهن فقال: أيهما أحال، كان لصاحب الرهن أن يأخذ رهنه، وقد ذكرنا[٦] وجه الروايتين ذكرناه ثمة، فعلى تلك الرواية في البيع أيضا سوى بينهما، وأيهما أحال، يبطل حق الحبس[٧]، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف.

ختم الباب بمسئلة الحوالة أنها توجب براءة المحيل عندنا، وعلى قول زفر

---

(١) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٨، و«ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٠.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٥.

(٣) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠. و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٦.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٥.

(٥) الجوهرة النيّرة ١/ ٢٩٤.

(٦) "قد ذكرنا" ساقط من (ج) و (د).

(٧) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٥.

والقاسم[1] بن مَعن لا توجب[2]، ولصاحب الدين أن يأخذ أيهما شاء.

لهما: أن هذا عقد تبرع لتوثق، فلا يوجب البراءة كالكفالة[3]؛ ولهذا لو مات المحتال عليه مفلسا، كان له أن يأخذ الدين من المحيل[4] عندنا[5]، خلافا للشافعي[6]، ولو برئت ذمته لما عاد إليه؛ لأن الساقط لا يحتمل العود[7].

---

(١) كان في الأصل: "القسم" وهو سهو من الناسخ، وفي النسخ الأخرى: "القاسم" وهو الصحيح وهو قاسم بن مَعن بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود. تقدم ترجمته في ص ٣٢٣.

(٢) الجوهرة النيِّرة ١/ ٤٠٨، و«مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠، «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٧، «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٤.

(٣) «فتح القدير» ٧/ ٢٢٤.

(٤) وفي (ج) و (د): "يعود الدين إلى ذمة المحيل".

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٨، مختصر الطحاوي ص ١٠٣، مختصر القدوري ٧/ ٥٧.

(٦) فصّله الخطيب الشربيني بأنه المحيل يبرأ بالحوالة عن دين المحتال والمحال عليه عن دين المحيل ويتحول حق المحتال إلى ذمة المحال عليه، فإن تعذر بفلس أو جحد وحلف ونحوهما لم يرجع على المحيل. مغني المحتاج ٢/ ٢٥٤.
واحتج الشافعية بأن الحوالة مشتقة من حوالة الباذنجان أي قلع وأحيل في موضع آخر، وقد فرغ المحل الأول، كذلك ها هنا ذمة من عليه الحق كانت مشغولة بهذا الدين، ومن له الحق إذا قبل الحوالة، فقد رضي فراغ ذمة من عليه الحق، فصار ذمة المحتال عليه مشغولة. انظر: الأم ٣/ ٢٢٨، والمهذب ١/ ٣٤٥.

(٧) انظر قاعدة: «الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود» في مجلة الأحكام العدلية، مادة: ٥١، و«درر الحكام» شرح مجلة الأحكام ١/ ٥٥، و«الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ٣٧٨،

ولنا قوله عليه السلام: «مَن أحيل على مَليء فليَتبَع»[1] شرط الملاءة، ولو كان الدين على المحيل كما كان، لم يكن لشرط الملاءة معنى وفائدة[2]، ولأن الحوالة مأخوذة من النقل والتحويل، فتوجب نقل الدين[3]، والشيء إذا انتقل عن مكان لايبقى في ذلك المكان، أما الكفالة تنبئ عن الضم، والضم[4] لا يتحقق إلا مع بقاء الأول[5].

ولهذا يقال في العرف: "لي على فلان ألف، وفلان كفيل بها"، ولا يقال: "لي على فلان ألف، وفلان حويل بها" كما لا يقال: "لي في موضع كذا حنطة، وقد حولتها إلى موضع كذا".

وإنما يأخذ المال من المحيل إذا مات المحال عليه مفلسا[6]؛ لأنه لم يرض بالحوالة إلا بشرط السلامة، فإذا لم يسلم، يفوت الرضى، فلا يلزم العقد، وغير اللازم يحتمل

(١) سبق تخريجه في ص ١٤٤٣.

كما استدل الحنفية على ذلك بما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال في المحال عليه إذا مات مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل، وقال: «لا توى على مال امرئ مسلم». والتوى: الهلاك، أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٧١.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦، و«فتح القدير» ٧/ ٢٢٢.

(٣) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٠، و«فتح القدير» ٧/ ٢٢١.

(٤) في (ج) و (د): "وأنه لا يتحقق".

(٥) «فتح القدير» ٧/ ٢٢١، و«مجلة الأحكام العدلية» ص ١١٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢، والجوهرة النيّرة ١/ ٤٠٠.

(٦) ، «فتح القدير» ٧/ ٢٢٤.

الفسخ، فإذا فسخ، جعل كأن لم يكن[1]، كما لو باعه المديون عبدا بدينه برئ من الدين، فإن مات العبد قبل التسليم يعود الدين، قال محمد رحمه الله أرأيت لو أحاله المديون على رجل أن المحيل برئ، أكان يبرأ المحيل؟ فإن قلتم: برئ، اتضح ما قلنا أنه يجوز أن يبرأه، ثم يعود الدين بموته مفلسا[2]، وإن قلتم: لا يبرأ، فهو محال؛ لأن الحوالة كانت بهذا الشرط، فإذا لم يصح الشرط، وجب أن لا يجب المال على المحتال عليه؛ لأنه لم يلتزم المال إلا بشرط فراغ ذمة المحيل، فلا يكون ملتزما بدونه[3].

ـ والله أعلم ـ

(١) «فتح القدير» ٧/ ٢٢٦.

(٢) «فتح القدير» ٧/ ٢٢٣.

(٣) «فتح القدير» ٧/ ٢٢٢، و«مجلة الأحكام العدلية» ص ١٢٩.

باب من الكفالة التي تتحوّل إلى القيمة أو تبقى على الكفيل أو المكفول عنه بغير قيمة من الخمر وغيرها

بنى الباب على أن الكفيل بأمر في حق الأصيل بمنزلة المقرض، كأنه قال له: "اقرضني، واقض عني ديني"[1]، وفي حق الطالب بمنزلة المستقرض؛ لانضمام ذمته إلى ذمة المستقرض، والقرض مضمون بالمثل بمنزلة المغصوب[2].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: نصراني أقرض نصرانيا خمرا، ثم أسلم المقرض بطل الخمر أصلا[3]، ولا ينتقل إلى القيمة؛ لأنه تعذر على المسلم قبض خمره بإسلامه؛ لأن المسلم ممنوع عن تملك الخمر، وبالقبض يتملك المقبوض حقيقة؛ لما عرف أن الديون تقضى بأمثالها، فإذا تعذر عليه قبض الحق على التأبيد بمعنى من جهته، صار كأنه هلك عند المستقرض، أو استهلكه المستقرض، وخمر المسلم لا يضمن، فيبطل أصلا.

وكذا لو أسلم المستقرض معه أو بعده[4]؛ لأن في إسلامها إسلام المقرض، وزيادة

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٦٦.

(٢) «المبسوط» ٢٠/ ٢٥.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٠٤.

(٤) ورواية عن أبي حنيفة أن عليه قيمتها، وهو قول محمد رحمه الله كذا نقله ابن نجيم في البحر الرائق. «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٠٤.

وإسلام المقرض مسقط، فيعمل به[1].

وإن أسلم المستقرض وحده فكذلك في قول أبي يوسف، وهو رواية عن أبي حنيفة، وعند محمد -وهو رواية عن أبي حنيفة- يتحول إلى القيمة[2]، وهكذا روى زفر وعاقبه القاضي عن أبي حنيفة.

ولو كان الخمر دينا عليه بغصب، فهو على هذا الخلاف[3]، لأبي يوسف: أنه كما تعذر قبض الخمر، تعذر قبض قيمتها؛ لأنه لو أدى القيمة، يتملك ما في ذمته؛ لأن قضاء الدين لا يجب إلا بشرط تملك ما في الذمة، فإذا تعذر تملك ما في ذمته، يسقط.

لمحمد: أن خمر الذمي متقوم عينا كان أو دينا، فإذا صار[4] محتبسا عند المسلم بإسلامه، يلزمه القيمة[5]، كما لو استهلكه بخلاف الأول؛ لأن ثمة خمر المسلم صار محتبسا عند الذمي، فلو وجب الضمان، وجب لحق المسلم، وإنها غير متقومة في حق المسلم، فلا يضمن، كما لو استهلك خمر المسلم[6]، وما قال من الشرط قلنا: إنما يعتبر هذا الشرط إذا أمكن، أما إذا تعذر فلا.

---

(١) «المبسوط» ٢/ ٢٥.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٤.

(٣) «المبسوط» ٢/ ٢٤.

(٤) في (ج) و (د) "كان".

(٥) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٧٢.

(٦) «الهداية» ٣/ ٣٨٤.

ألا ترى أن ضمان الغصب يفيد الملك في المضمون[1]، ولو تعذر إثبات الملك في المضمون بأن كان مدبرا، لا يبطل الضمان، كذلك هنا.

الفصل الثاني:

نصراني اشترى من نصراني شيئا بخمر، فأسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض، بطل الخمر ويفيد البيع؛ لأن البيع معاوضة المال بالمال، فإذا بطلت مالية الثمن في حق أحدهما قبل القبض، يبقى البيع بلا ثمن، فيفسد، كما لو كان مسلما وقت العقد[2]؛ لما عرف أن القبض بحكم البيع له حكم ابتداء البيع؛ لأنه يثبت ملك المقبوض ببدل، فكان الطارئ على البيع قبل القبض بمنزلة المقارن.

فإن قيل: لو أبرأه البائع عن الثمن، لا يفسد العقد، فكذا إذا أسلم؛ لأن إسلام الطالب بمنزلة الإبراء[3].

قلنا: إنما لا يفسد البيع بالإبراء عن الثمن؛ لأنه تصرف في الثمن بالإتلاف أو بتمليكه من المشتري أيضا، ولهذا يرتد بالرد[4]، فكان قبضا معنى؛ ولهذا كان اعتاق العبد وقتله قبضا، أما إسلام البائع ليس بتصرف في الثمن، وأنه يمنع قبض الخمر، فلا يمكن جعل الإسلام قبضا.

فرق محمد بين البيع وبين القرض فقال في القرض: إذا أسلم من عليه، يتحول إلى

(١) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٧٣.

(٢) «الجوهرة النيّرة» ١/ ٢٥٨.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٧٣.

(٤) «المبسوط» ٢٠/ ٢٤.

القيمة، وفي البيع لا يتحول[1].

ووجه الفرق: أن ما في ذمة المستقرض عين القرض حكما، وليس ببدل عنه؛ كيلا يكون تمليك الشيء بجنسه نسيئة، فإذا عجز المستقرض عن رد مال المقرض مع قيام الموجب للرد، يتحول إلى القيمة[2]، ويلحق بالإستهلاك.

أما البيع معاوضة[3]، وإنما رضي البائع بزوال ملكه بشرط سلامة الخمر له، فإذا لم يسلم، يفوت الرضى، فيفسد العقد، وإذا فسد البيع، يلزمه رد المبيع إن كان قائما، وقيمته إن كان هالكا، كما هو الحكم في البيع الفاسد من الأصل[4].

نصراني أقرض نصرانيا خمرا، وكفل نصراني بأمر المستقرض، ثم أسلم أحدهم، فهو على وجوه[5]:

إن أسلم الطالب وحده، بطل الخمر أصلا؛ لما قلنا، وكذا لو أسلم المستقرض معه[6]، أو أسلم الكفيل معه، أو أسلم أحدهما بعد الطالب، أو أسلموا معا؛ لما قلنا: إن إسلام الطالب يبطل الخمر أصلا، فإن أسلم المستقرض وحده، فكذلك عند أبي يوسف

---

(١) «المبسوط» ٢٠/ ٢٤ - ٢٥.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٥٨.

(٣) القاموس الفقهي ص ٤٤.

(٤) «المبسوط» ٢٠/ ٢٥.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥.

(٦) "معه" ساقط من (ج) و (د).

يبطل الخمر لا إلى بدل؛ لما عرف من مذهبه[1].

ومحمد بنى الباب على مذهبه فقال: إن أسلم المستقرض وحده، خير الطالب إن شاء طالب الكفيل بعين الخمر، وإن شاء طالب المستقرض بقيمتها[2]؛ لأن عنده إسلام المطلوب لا يبطل الخمر[3]، لكن يتعذر تسليمها، فيخير على هذا الوجه؛ لأن التعذر بسبب الإسلام وجد في حق المستقرض دون الكفيل.

ولا يقال: بأن الأصيل برئ من الخمر، فوجب أن يبرأ الكفيل؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل.

لأنا نقول: لم يسقط الخمر عن الأصيل، إلا أنه تعذر الاستيفاء، ولم يتعذر الاستيفاء من الكفيل، فبقي الكفيل مطالبا بعين الخمر، والأصيل بقيمتها[4].

وشبه هذا برجل عليه قفيز من رطب، وبه كفيل، فطالب صاحب الرطب الأصيل في غير أو أن الرطب[5]، فقضى القاضي[6] عليه بقيمة الرطب، فلم يأخذه حتى جاء أوان الرطب، فهو بالخيار إن شاء طالب الأصيل بالقيمة الرطب[7]، وإن شاء طالب الكفيل

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥.

(٣) «المبسوط» ٢٠/ ٢٤، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥ -٢٨٦.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥.

(٥) في (ج) و (د) "أنه" مكان "أن الرطب".

(٦) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

(٧) "الرطب" ساقط من (ج) و (د).

بعين الرطب[1]؛ لأن التحويل إلى القيمة ثبت بالقضاء، والقضاء وجد في حق الأصيل، فيقتصر عليه، كذلك ههنا.

فإن أخذ الطالب قيمة الخمر من المستقرض، برئ الكفيل والأصيل جميعاً[2]؛ لأن الأصيل برئ بأداء القيمة، وبراءته توجب براءة الكفيل[3] وإن أخذ الخمر من الكفيل، فإن كانت الكفالة بأمر الأصيل رجع الكفيل على الأصل بقيمة الخمر، لما ذكرنا[4]: إن الأصيل في حق الكفيل بمنزلة المستقرض؛ لأن الكفالة بأمر توجب دينين[5]: دينا للطالب على الكفيل، ودينا للكفيل على الأصيل، فكان إسلام الأصيل في حق الكفيل كإسلامه في حق المقرض، فكما يحول إسلام الأصيل حق الطالب قيمة[6]، يحول حق الكفيل إلى القيمة.

فرق بين هذا وبين مسألة الرطب في تلك المسألة[7]، (فإن ثمة)[8] إذا أخذ من الكفيل عين الرطب، يرجع الكفيل على الأصيل بعين الرطب إن كان في أوانه[9].

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٩.

(٢) "جميعاً" ساقط من (ج) و (د).

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥.

(٤) من قوله: "من الكفيل" إلى قوله: "لما ذكرنا" ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الهداية» ٣/ ١٢٣.

(٦) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥.

(٧) " في تلك المسألة" ساقط من (ج) و (د).

(٨) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٩) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٩.

والفرق أن ثمة سبب التحول قضاء القاضي، والقاضي حوّل حق الطالب، فيبقى حق الكفيل في عين الرطب كما كان أما في مسألتنا[1] سبب التحول إسلام المستقرض، فكما وجد سبب التحول في حق الطالب وجد في حق الكفيل، فيتحول حقهما إلى القيمة.

وإن لم يأخذ الطالب شيئا من أحدهما، حتى أسلم الكفيل، يرجع الطالب بقيمة الخمر على أيهما شاء[2]؛ لأنه كما تعذر استيفاء الخمر من الأصيل، تعذر من الكفيل، فإن أخذ القيمة من الأصيل، برئا[3]؛ لما عرف، وإن أخذ القيمة من الكفيل، رجع الكفيل بالقيمة على الأصيل؛ لأن إسلام الكفيل بعد إسلام الأصيل، بمنزلة إسلام المقرض بعد إسلام المستقرض، وذلك لا يسقط القيمة؛ لما قلنا.

وإن أسلم الكفيل وحده، فللمقرض الخيار إن شاء[4] أخذ الخمر من الأصيل، أن شاء أخذ[5] القيمة من الكفيل[6]، كما لو أسلم المستقرض وحده، يأخذ من الكافر منهما عين الخمر، ومن المسلم القيمة، كذلك هنا.

فإن أخذ من المستقرض، برئ الأصيل والكفيل جميعا؛ لما عرف.

---

(١) "أما في مسألتنا" ساقط من (ج) وفيه: "وهنا سبب التحول".

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥، و«المبسوط» ٢٠/ ٢٤.

(٤) في (ج) و (د): "بين".

(٥) في (ج) و (د) "أو القيمة" مكان "إن شاء أخذ القيمة".

(٦) «المبسوط» ٢٠/ ٢٥.

وإن أخذ من الكفيل، لا يرجع الكفيل على الأصيل بشيء[1]؛ لأن إسلام الكفيل في حق الأصيل كإسلام الطالب، فيبطل الخمر[2]، وهو بمنزلة ما لو أبرأ الكفيل الأصيل قبل الأداء من الكفيل[3]، ثم أدى الكفيل[4]، لا يرجع بشيء، كذلك هنا.

وإن أسلم المستقرض بعد إسلام الكفيل، كان للمقرض أن يأخذ أيهما شاء بقيمة الخمر[5]؛ لما قلنا، وأيهما أدى[6] القيمة، لا يرجع على صاحبه بشيء[7]، أما إذا أدى الأصيل فظاهر، وأما إذا أدى الكفيل، فلأن إسلام الكفيل[8] قبل إسلام الأصيل، أسقط حقه عن الأصيل لا إلى بدل[9].

وإن أسلم المستقرض والكفيل معا، فكذلك الجواب؛ لأنه إنما يتحول حق الطالب بعد إسلام المستقرض؛ لأنه حكمه، فإذا اقترن إسلام الكفيل بإسلام الأصيل، كان الواجب على الأصيل حال إسلام الكفيل عين الخمر، فيبطل أصلا، فإذا أدى الكفيل

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق.

(٣) "من الكفيل" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "الكفيل" ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥ و ٢٠٦.

(٦) "أدى" أثبتناه من (ج) و (د).

(٧) "بشيء" ساقط من (ج) و (د).

(٨) في (ج) و (د) "إسلامه" مكان "إسلام الكفيل".

(٩) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥ و ٢٠٦.

القيمة، لا يرجع على الأصيل بشيء[1].

وإن أسلم المقرض بعدهما، كان له أن يأخذ القيمة من أيهما شاء؛ لأن ما كان له عليهما، تحول إلى القيمة بإسلامهما، فإسلامه بعد ذلك لا يمنع بقاء القيمة.

وإن أسلم المستقرض ثم المقرض، بطل حق المقرض عن الكفيل أصلا؛ لأن حال إسلام المقرض كان الواجب على الكفيل عين الخمر، فبطل بإسلامه، وله أن يأخذ القيمة من المستقرض؛ لأن ما كان في ذمه المسترقض صارت[2] قيمة قبل إسلام المقرض، فلا يسقط بإسلام المقرض[3]، ولا ببراءة الكفيل؛ لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل.

نصراني خالع امرأتيه النصرانيتين على ألف رطل من خمر في الذمة، على أن كل واحدة منهما[4] كفيلة عن صاحبتها، جاز، وللزوج أن يأخذ أيتهما شاء بجميع الخمر، البعض بحكم الأصالة، والبعض بحكم الكفالة؛ لأن الخمر في حقهم كالخل[5] والعصير في حقنا.

فإن أسلم الزوج قبل أن يأخذ شيئا، قسم الخمر الذي خلقها عليه[6] على مهرها،

---

(١) «المبسوط» ٢٠/ ٢٤.

(٢) في (ج) و (د) هكذا: "أن يأخذ القيمة من الأصيل، لأن ما في ذمة الأصيل صار قيمة".

(٣) "المقرض" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "منهما" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "كالخل" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "الذي خلقها عليه" ساقط من (ج) و (د).

فما أصاب مهر كل واحدة منهما، كان عليهما قيمة ذلك[1].

فرق بين الخلع، وبين البيع، والقرض، قال في البيع:

إذا أسلم أحدهما قبل القبض، يفسد البيع، والخلع لا يبطل وإن أسلما جميعاً[2]؛ لأن البيع يحتمل الانفساخ[3]، فإذا تعذر قبض الثمن[4] على التأبيد، يفسد، كما لو هلك أحد العوضين قبل القبض في بيع المقايضة، وكما لو كان الثمن فلوسا، فكسدت قبل القبض، يفسد البيع في قول[5] أبي حنيفة.

أما الخلع لا يحتمل الانفساخ؛ لأنه طلاق[6]، ولهذا لو خلع امرأته على عين، فهلك العين قبل القبض، لا يبطل الخلع فلهذا لا يبطل الخلع بالإسلام قبل قبض الخمر[7].

وأما الفرق بين القرض وبين الخلع، قال في القرض[8] إذا أسلم المقرض يبطل

---

(١) «المبسوط» ٢٠/٢٥.

(٢) "جميعاً" ساقط من (ج) و (د).

(٣) الجوهرة النيّرة ١/٢٦٧.

(٤) في (ج) و (د) "البدل".

(٥) في (ج) و (د) "عند أبي حنيفة".

(٦) أي طلاق عند الحنفية، وعند الشافعية الخلع فسخ، وفائدته إذا خالفهما ثم تزوجها بعد ذلك عادت إليه بتطليقتين لا غير عند الحنفية، وعندالشافعية بثلاث. انظر الجوهرة النيّرة ٢/٧٧،

(٧) الجوهرة النيّرة ٢/٧٨.

(٨) "قال في القرض" ساقط من (ج) و (د).

الخمر، ولا ينقلب قيمة، وهنا لا يبطل الخمر أصلا[١]؟.

ووجه[٢] الفرق أن ما في ذمة المستقرض عين حق المقرض حكما، بمنزلة خمر في يده، فإذا تعذر قبضه بحكم الإسلام، صار كأنه هلك، فلا يجب شيء؛ لأن خمر المسلم لا يضمن[٣]، أما في الخلع، الخمر وجب في ذمتهما كان[٤] بدلا عن البضع، وقد صحت التسمية، فإذا تعذر قبضها بحكم الإسلام، وتعذر فسخ الخلع أيضا، وليس للخلع موجب أصلي، وجب عليها قيمة الخمر[٥]، كما تزوج الذمي ذمية على خمر في الذمة ثم أسلما، أو أسلم أحدهما قبل القبض، يجب لها قيمة الخمر في قول أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف الأول[٦]؛ فلهذا قال: يجب على كل واحدة منهما قيمة حصتها من الخمر.

وطريق معرفة الحصة: ما قال محمد في الكتاب: إنه يقسم الخمر الذي خلقها عليه على مهرهما الذي تزوجهما عليه[٧] (البدل على مهرها)[٨]، فما أصاب مهر كل واحدة منهما من الخمر، عليها قيمة ذلك؛ لأنه قابل الخمر بالبضعين، فيقسم عليهما على قدر قيمتهما، كما لو باع شيئين بثمن واحد، يقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما، والبضع

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥.

(٢) في (ج) و (د): "الفرق".

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥.

(٤) "كان" ساقط من(ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦.

(٦) انظر الجوهرة النيّرة ٢/ ١٧، و«المبسوط» ٢٠/ ٢٥، و«الجامع الصغير» ص ١٨٦.

(٧) قوله: "الخمر الذي" إلى قوله: "تزوجها عليه" ساقط من (ج) و (د).

(٨) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

حالة الخروج عن ملك الزوج[1] غير متقوم، فإذا تعذر قسمة الخمر على قيمتهما يوم الخلع، يقسم على اعتبار[2] قيمتها حال ما كان متقوما[3]، وهو وقت الدخول في ملك الزوج[4]، وقيمتها في ذلك الوقت، المهر الذي تزوجهما عليه، فإذا ظهرت حصة كل واحدة منهما من الخمر، كان عليها قيمة ذلك[5].

وفي الحقيقة تكون[6] القيمة بدل عن البضع، لا عن الخمر ويبطل عن كل واحدة منها حصة الكفالة؛ لما ذكرنا أن الكفيل في حق الطالب بمنزلة المستقرض، ولأن الكفالة عقد يحتمل الفسخ، فيبطل بإسلام الطالب.

فرق أبو يوسف بين الخلع وبين النكاح فقال: إذا تزوج ذمي ذمية على خمر في الذمة، ثم أسلما، أو أسلم أحدهما قبل القبض، يجب لها مهر المثل[7]، وفي الخلع قال: "يجب لها قيمة الخمر"[8]، ووجه ذلك: أن البضع حال الدخول في ملك الزوج متقوم فإذا فسدت التسمية بإسلام أحدهما قبل القبض خير إلى البدل الأصلي وهو مهر المثل أما

(١) "عن ملك الزوج" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "اعتبار" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "حال ما كان متقوما" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "ملك الزوج" ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦.

(٦) "تكون" ساقط من (ج) و (د).

(٧) «مختصر الطحاوي» ص ١٨١.

(٨) الجوهرة النيّرة ٢/ ٧٨.

البضع[1] حالة الخروج غير متقوم، فإذا تعذر تسليم الخمر، وليس للطلاق موجب أصلي، والزوج لم يرض بزوال ملكه بغير عوض، أوجبنا قيمة الخمر[2].

هذا إذا أسلم الزوج وحده، أما إذا أسلمت المرأتان معه، فكذلك؛ لأنه وجد إسلام الزوج وزيادة.

وإن أسلمت المرأتان، ولم يسلم الزوج، أخذ الزوج أيتهما شاء بجميع قيمة الخمر[3]؛ لأن إسلام المطلوب بجعل الخمر قيمة، أصيلا كان المطلوب[4] أو كفيلا، وأيتهما أدت لم ترجع على صاحبتها بشيء[5]؛ لأنها لو رجعت، لرجعت بحكم الكفالة، والكفيل في حق الأصيل مقرض، وإسلام المقرض يبطل الخمر أصلا[6]، فإذا أسلمتا معا، بطل حق الكفيل، كما لو أسلم المقرض مع المستقرض.

وإن أسلمت إحداهما دون الأخرى، كان له الخيار إن شاء أخذ المسلمة بجميع القيمة الخمر[7]، وإن شاء أخذ الأخرى بعين الخمر، فإن أخذ القيمة من المسلمة، لم ترجع

---

(١) قوله: "حالة الدخول" إلى قوله: "أما البضع" ساقط من (ج) و (د).

(٢) الجوهرة النيّرة ٢/ ٧٩.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦.

(٤) "المطلوب" ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦.

(٦) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٠٤.

(٧) "الخمر" ساقط من (ج) و (د).

هي[1] على صاحبتها[2] بشيء[3]؛ لأن إسلامها في حق الأخرى إسلام (في حق)[4] المقرض.

وإن (كان)[5] أخذ الخمر من التي لم تسلم، رجعت على صاحبتها بحصتها من قيمة الخمر[6]؛ لأنها أدت حصة صاحبتها بحكم الكفالة (عنها)[7]، وإسلام صاحبتها في حقها إسلام المستقرض، فجعل الخمر قيمة.

وإن أسلمتا على التعاقب، يأخذ أيتهما شاء بجميع قيمة الخمر، كما لو اسلمتا معا، فإن أخذ القيمة من التي أسلمت أولا، لم ترجع هي على صاحبتها بشيء[8]؛ لأنها أدت حصة صاحبها[9] بحكم الكفالة[10]، وإسلام الكفيل أولا يبطل الخمر عن الأصيل[11].

---

(١) "هي" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦.

(٣) "بشيء" ساقط من (ج) و (د).

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٥) ما بين المعكوفتين أضيفت من (ج) و (د).

(٦) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦.

(٧) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٨) "بشيء" ساقط من (ج) و (د).

(٩) في (ج) و (د): "أدت عنها بحكم".

(١٠) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦.

(١١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥.

وإن أخذ القيمة من التي أسلمت آخر، رجعت على صاحبتها بحصتها من قيمة الخمر[1]؛ لأن بإسلام الأولى صار ما عليها بحكم الكفالة قيمة، فلا تبطل تلك القيمة بإسلام الثانية.

وإن أسلمت إحداهما ثم الزوج، كان له أن يأخذ المسلمة بجميع قيمة الخمر؛ لأن ما كان عليها، تحول بإسلامها قيمة[2]، فلا يبطل ذلك بإسلام الزوج، وليس للزوج أن يأخذ التي لم تسلم إلا بحصتها من القيمة؛ لأن ما كان عليها بحكم الكفالة بطل بإسلام الزوج، فإن أدت المسلمة جميع القيمة، لم ترجع على صاحبتها؛ لأنها لو رجعت بحكم الكفالة والإسلام الكفيل يبطل حقه[3] عن الأصيل أصلاً[4]، فلا يرجع.

وإن لم يأخذ الزوج شيئا حتى أسلمت الأخرى، كان للزوج أن يأخذها بحصتها من قيمة الخمر، ولا يأخذها بجميع القيمة؛ لأن حصة الكفالة تسقط عنها بإسلام الزوج قبل إسلامها فلا يعود[5].

نصرانيان عليهما دم عمد لنصراني، فصالحهما ولي القتيل على خمر معلوم على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، جاز، فإن أسلم أحد منهم[6] فهذا والخلع سواء[7]؛

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦.

(٢) المصدر السابق.

(٣) قوله: "لأنها لو رجعت" إلى قوله: "الكفيل يبطل حقه" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «المبسوط» ٢٠/ ٢٤.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦.

(٦) "أحد منهم" ساقط من (ج) و (د).

لأن كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ، ولا يجب المال فيه إلا بالقسمة.

الفصل الرابع:

نصراني كاتب عبدين نصرانيين له، على ألف رطل من خمر كتابة واحدة على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، جاز استحسانا، والقياس أن لا يجوز[1]؛ لأن كفالة المكاتب باطلة وكذي[2] والكفالة ببدل الكتابة باطلة[3]، فاشتراطها في الكتابة يوجب بطلانها.

وجه الاستحسان: أن تصحيح العقد واجب ما أمكن، (وقد)[4] أمكن بأن يجعل في حق كل واحد منهما كأنه كاتبه على جميع البدل، وعلق عتق الآخر بأدائه، كما لو كاتب عبدا حاضرا وعبدا غائبا على ألف درهم على الحاضر، فإنه يجوز، ويتعلق عتق الغائب بأداء الحاضر[5]، مسألة معروفة.

فإن أسلم المولى قبل القبض، أو أسلم[6] أحد المكاتبين، أو أسلموا معا، يصير

(٧) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦، و«ردّ المحتار»: ٥/ ٦٣٥.

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٤.

(٢) "باطلة وكذي" ساقط من(ج) و (د).

(٣) «المبسوط» ٢٠/١٩.

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وزيادة من (ج) و (د).

(٥) «المبسوط» ٢٠/ ٢٠.

(٦) "أسلم" ساقط من (ج) و (د).

الخمر قيمة[١].

فرق بينه وبين الخلع، في الخلع إذا أسلم الزوج يبطل عن كل واحدة منهما[٢] حصة الكفالة[٣]، وهنا لا تبطل، وفي الخلع إذا أسلمت إحدى المرأتين، يتحول ما عليها قيمة، ويبقى الخمر على الأخرى[٤]، وهنا إذا أسلم أحدهما، يتحول الكل قيمة[٥].

والفرق أن في الكتابة لو ميزنا البعض عن البعض، ونسقط حصة الكفالة، لأظهرنا الكفالة في هذا العقد، (وأنه)[٦] مبطل العقد كما هو وجه القياس[٧]، فلم تظهر الكفالة ويجعل كل البدل على كل واحد منهما بجهة[٨] الأصالة كما هو وجه الاستحسان[٩].

وفي المكاتب الواحد إذا أسلم المولى قبل القبض، يصير الكل قيمة[١٠] كذلك هنا، ولأنا لو ميزنا الكفالة عن الأصالة، ونبطل ما على كل واحد منهما بجهة الكفالة

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٤.

(٢) "منهما" ساقط من (ج) و (د).

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦.

(٤) المصدر السابق.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٤.

(٦) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وزيادة من (ج) و (د).

(٧) «المبسوط» ٢٠/ ١٩.

(٨) في (ج) و (د) "بحكم الأصالة".

(٩) «المبسوط» ٢٠/ ١٩.

(١٠) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٤.

بالإسلام[1]، فإذا أدى أحدهما ما عليه بجهة الأصالة، يبرأ عن البدل، فيعتق والمولى لم يرض بعتق أحدهما إلا بأداء كل البدل[2]، فلهذا جعل العبدان كعبد واحد، وإسلام أحدهما كإسلامهما.

أما في الخلع إظهار جهة الكفالة لا يبطل العقد[3]، فميزنا الكفالة عن الأصالة.

فإن قيل: الكتابة عقد يحتمل الفسخ بمنزلة[4] البيع، فينبغي أن تبطل بإسلام المولى؟.

قلنا: الكتابة تشبه الخلع والبيع؛ لأنها معاوضة، وفيها تعليق العتق بالأداء[5]، والمعاوضة تحتمل الفسخ، والتعليق لا يحتمل، فاعتباره بالبيع يوجب بطلانه بالإسلام قبل القبض، واعتباره بالخلع يمنع بطلانه، فلا يبطل، وإنما ينفسخ بعجز المكاتب عن البدل[6]؛ لأنه عقد إرفاق في حق العبد، والإرفاق في أن ينفسخ بالعجز، ولا يبطل بالإسلام.

وإذا ثبت هذا في إسلام المولى، فكذا في إسلامهم، وإسلام أحد العبدين؛ لأنهما جعلا كشيء واحد في هذا العقد، فكان إسلام أحدهما كإسلامهما[7].

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥.

(٢) «المبسوط» ٢٠/ ٢٠.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦.

(٤) في (ج) و (د) "كالبيع".

(٥) انظر «الجامع الصغير» ص ٤٥٣.

(٦) «الجوهرة النيّرة» ٢/ ١٤٦.

(٧) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٤.

وكذلك العبد الواحد[1] بين رجلين أدا[2] كاتباه على خمر، فأسلم أحد المولين[3].

وكذا لو كان المولى واحدا، فمات وترك بنين وبنات، فأسلم أحدهم.

وكذا لو مات المكاتب وترك بنين وبنات، يسعون في المكاتبة[4]، فأسلم أحدهم، تحولت المكاتبة كلها قيمة.

وكذلك رجل كاتب عبدين له على عشرة آلاف أقفزة رطب، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فانقطع أوان الرطب، فلقي المولى أحد العبدين، فقضى القاضي عليه بقيمة الرطب، تحول الكل قيمة؛ لأنهما جعلا كشخص واحد في الكتابة[5]، والمال الواجب عليهما لا يحتمل التجزي.

وكذا رجلان كاتبا عبدا لهما على رطب موصوف، فخاصمه أحد المولين في غير أوان الرطب[6]، (وقضى بالقيمة)[7]، تحول الكل قيمة[8].

---

(١) "الواحد" ساقط من (ج) و (د)

(٢) "أداء" ساقط من (ج) و (د)..

(٣) في (ج) و (د): "أحدهما".

(٤) «الجوهرة النيّرة» ٢/ ١٤٦.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٤.

(٦) في (ج) و (د) "بغير أوانه".

(٧) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٨) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٤.

الكوكب الدري على جامع الترمذي

مجموع الإفادات والتحقيقات

للإمام المحدث الفقيه المصلح الكبير الداعي الى عقيدة التوحيد
الخالص وسنة البيضاء العلامة رشيد أحمد الكنكوهي رحمه الله تعالى م ١٣٢٣ھ

جمعها وألفها

العلامة الكبير الشيخ المحدث محمد يحيى بن محمد اسمٰعيل الكاندهلوي رحمه الله

حققها وعلق عليها

العلامة المحدث الشيخ محمد زكريا الكاندهلوي رحمه الله تعالى

وقدم لها

سماحة الشيخ السيد أبو الحسن على الحسني الندوي

الجزء الثالث

بالخيار: إن شاء شاركه في الثوب، وإن شاء رجع على الغريم بنصف الدين[1]، فإن رجع على الغريم بنصف الدين وأخذ منه[2]، لم يكن للمصالح أن يشاركه فيما قبض[3]؛ لأن حقه تحول إلى الثوب، وإن اختار غير المصالح أن يشارك المصالح في الثوب، كان المصالح بالخيار: إن شاء أعطاه نصف الثوب، وإن شاء أعطاه ربع الدين؛ ثم يرجعان على الغريم بربع الدين، وهي مسألة معروفة.

فكذلك مسألة الرطب؛ لأن القضاء بمنزلة الصلح[4]، وهذا دين يحتمل التبعيض، بخلاف الكتابة.

فرق بين مسألة الصلح، وبين ما إذا باع أحد الشريكين في الصبرة نصيبه، فإنه لا يكون لشريكه أن يشاركه في الثمن[5]، وفي الصلح للساكت أن يشاركه في الثوب.

ووجه ذلك: أن في مسألة البيع البائع نقل الشركة إلى المشتري، وأقام المشتري مقام نفسه في ذلك كأنه هو، وبقيت الصبرة مشتركة بينهما من حيث المعنى، بخلاف الصلح، فإن في الصلح لم يقم المصالح غيره مقام نفسه.

---

(١) «الجوهرة النيّرة» ١/٤١٦.

(٢) "منه" ساقط من (ج) و (د).

(٣) «ردّ المحتار» ٥/٦٤١.

(٤) «ردّ المحتار» ٥/٦٢٩.

(٥) «ردّ المحتار» ٥/٦٤١.

شرح الزيادات

للإمام محمد بن الحسن الشيباني ١٣٢هـ - ١٨٩هـ

تأليف

الإمام الفقيه فخر الدين حسن بن منصور بن محمود الأوزجندي الفرغاني

المعروف بقاضي خان المتوفى ٥٩٢هـ

تحقيق وتعليق

فضيلة الأستاذ الدكتور قاسم أشرف نور أحمد

المجلد السادس

الكفالة - الحوالة - المأذون - المكاتب - السير - الصيد - الفهارس

دار إحياء التراث العربي

بيروت - لبنان

باب الكفالة التي تكفل بها الرجل عن صاحبه ثم تكفل بعد ذلك كل واحد منهما عن صاحبه

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: ما مر أن القول في بيان جهة التمليك، قول المملك ما لم يؤدّ إلى الدور[1].

والثاني: أن الكفالة إذا تكررت، واختلف حكمها، يؤخذ بالثانية[2]؛ لأن الكفالة عقد يحتمل الفسخ، فإذا تعذر اعتبارهما، تفسخ الأولى بالثانية، كما في البيع المكرر.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل عليه ألف درهم لرجل من ثمن بيع، أو قرض، فكفل عنه بها رجلان بأمره، ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه، جاز، وكان كل واحد منهما كفيلا بخمسمائة، وأيهما أدى، لم يرجع على صاحبه بشيء[3]، ويرجع بذلك على الأصيل.

أما جواز الكفالة؛ لقوله عليه السلام: «الزعيم غارم»[4] أي الكفيل ضامن، فإن

---

(١) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٣٦.

(٢) «المبسوط» ٢٠/ ٤٢.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٠.

(٤) أخرجه ابن ماجه من حديث أبي أمامة الباهلي في كتاب الصدقات، باب الكفالة، الحديث ٢٤٠٥، وأخرجه الترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، الحديث ١٢٦٥.

الكفيل، والزعيم، والقبيل واحد[1].

ولأن الكفالة شرعت للتوثق، وكثرة الكفلاء تزيد في التوثق، وعلى كل واحد منهما خمسمائة؛ لأنهما أضافا الألف إلى أنفسهما على السواء، فانقسمت الألف عليهما على السوية، كما في الاقرار والشراء[2]، وأيهما أدى، لم يرجع على صاحبه؛ لأنه لم يكفل عن صاحبه، وإنما كفل عن الأصيل، وقد قضى دين الأصيل بأمره، فيرجع عليه[3].

فإن لم يؤد أحدهما شيئا، حتى لقي الطالب أحد الكفيلين، فأخذه حتى كفل عنه صاحبه بأمره، جاز[4]؛ لأن الكفالة التزام المطالبة[5]، فتستدعي توجه المطالبة على

ورواه الإمام محمد مفصلا في أماليه بسند: أخبرنا اسماعيل بن عياش قال أخبرنا شرحبيل بن مسل الخولاني، قال سمعت أبا أمامة الباهلي، يقول قال رسول الله ﷺ: «العارية مؤدّاة، والمنحة مردودة، والدين مقضيّ، والزعيم غارم» قال محمد: وبهذا نأخذ. جزء من «الأمالي» أملى في الكفالة والحوالة، ص ٣٣.

(١) نصّ عليه الإمام محمد رحمه الله وعدّ كل ذلك من ألفاظ الكفالة والضمان، فقال في أماليه: وإذا قال الرجل للرجل وله على الرجل حق: دَعه فأنا ضامن لك ما عليه "، أو "كفيل بذلك "، أو قبيل بذلك "، أو "زعيم بذلك "، أو "هوإليّ " أو " هو عليّ " أو "هو لك عندي "، فهذا كله ضمان جائز. انظر جزء من «الأمالي» للإمام محمد، ص ٣٥، «بدائع الصنائع» ٦/ ٢، و«ردّ المحتار» ٥/ ٢٨٥.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٠.

(٣) «ردّ المحتار» ٥/ ٢٣٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٤.

(٤) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٣٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٤.

(٥) «المبسوط» ٢٠/ ٢، و«الجوهرة النيّرة» ١/ ٤٠٣.

المكفول عنه بما كفل، وقد وجد، فيجوز كفالته[1] كما تجوز كفالة أجنبي آخر، ويؤخذ هذا الكفيل بألف، نصفه بالكفالة عن الأصيل، ونصفه بالكفالة عن صاحبه[2].

فإن أدى شيئا، ثم قال عند الأداء أو بعده: "أديته عن الأصيل أو عن شريكي" كان القول قوله، كما ذكر[3]، ويرجع على من أدى عنه.

فإن لم يؤد شيئا حتى لقي الطالب الكفيل الآخر، فكفل له عن شريكه بماله على شريكه بأمر شريكه، جاز؛ لما قلنا، ولطالب أن يأخذ[4] أيهما شاء بألف درهم، النصف بالكفالة عن الأصيل، والنصف بالكفالة عن صاحبه، وأيهما أدى شيئا يكون ذلك عن الأصيل.

ولا يكون له أن يجعله عن الشريك ما لم يكن المؤدّى أكثر من النصف، سواء بين ذلك عند الأداء أو بعده، لأنه لو جعل المؤدّى عن الشريك كان للشريك أن يجعله عنه، ويقول: أداؤك عني بأمري كأدائي بنصيبي، ولو كنتُ[5] أدّيتِ بنصيبي كان لي أن أجعله، فكذى إذا أديتَ عني بأمري، فيؤدي إلى الدور، أما في الزيادة على النصف لو رجع على شريكه، لم يكن لشريكه أن يجعلها عنه، لأنه لم يكفل عن الأصيل إلا بخمس مائة، وقد برأت ذمته عن دين الأصيل، إنما بقي عليه ما كفل عن شريكه، فكان له أن يرجع بالزيادة

(١) "كفالته" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٤.

(٤) في (ج) و (د): "وله أن يأخذ".

(٥) "كنت" ساقط من (ا) و (ب).

على الشريك[1].

وشبه هذا برجلين عليهما ألف لرجل من ثمن بيع أو قرض، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فأدى أحدهما شيئا، لا يكون على شريكه حتى يكون المؤدى أكثر من النصف؛ لما قلنا[2].

ولا فرق بين المسئلتين؛ لأن الواجب على كل واحد منهما بحكم الكفالة عن الأصيل، كالواجب عليهما بحكم البيع، بخلاف مسألة أول الباب؛ لأن ثمة كل واحد منهما لم يكفل عن صاحبه، إنما كفل أحدهما عن صاحبه، فلو جعل الكفيل[3] المؤدى عن صاحبه، لا يكون لصاحبه أن يجعل ذلك عنه، فلا يؤدي إلى الدور[4].

فإن لم يؤد أحدهما شيئا حتى لقيهما الطالب مع الأصيل، فكفل الثلاثة بعضهم عن بعض بجميع المال للطالب بأمر الأصيل[5].

أولا نقول: بأن كفالة الأصيل عن الكفيلين لغو لوجهين:

أحدهما: أنهما تحملا عنه فلا يستقيم أن يتحمل عنهما ما تحملا عنه.

والثاني: أن الأصيل مطالب بجميع المال، فلا يتصور أن يكون مطالبا بهذا المال بجهة أخرى، كمن تزوج بأمة نفسه، لا يصح؛ لأنه تملك متعتها بملك اليمين، فلا يتصور

(١) سقطت هذه الفقرة كلها من (ج).

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥.

(٣) "الكفيل" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٤، و«ردّ المحتار» ٥/ ٣٣٦.

(٥) «المبسوط» ٢٠/ ٤١.

أن يتملكها بالنكاح.

فإن لقي الطالب أحد الكفيلين، وأخذ منه شيئا، كان هذا الكفيل بالخيار: إن شاء رجع بنصف ما أدى على شريكه قل أو كثر، وإن شاء رجع بجميع ما أدى على الأصيل(١)، وانتقضت الكفالة الأولى بالثانية؛ لأن حكم الكفالة أن يكون كل واحد من الكفيلين كفيلا عن الأصيل، وعن الشريك بخمسمائة(٢)، وحكم الكفالة الثانية أن يكون كل واحد منهما كفيلا عن الأصيل بجميع المال(٣)، وعن الشريك بجميع المال، والكفالة تحتمل الفسخ، فيجعل الإقدام على الثانية فسخا للأولى(٤)، كما لو باع شيئا بألف، ثم باعه بأقل من الثمن الأول أو بأكثر.

وإذا اعتبرت الكفالة الثانية، فما أداه أحدهما، له أن يرجع بجميع ذلك على الأصيل؛ لأنه كفل عنه بجميع الألف، وله أن يرجع بنصف ذلك على شريكه؛ لأنهما في هذه الكفالة سواء، فيرجع على شريكه بالنصف تحقيقا للاستواء(٥).

فإن قيل: الإشكال على هذا من وجهين:

أحدهما: أن الكفالة شرعت لالتزام المطالبة(٦)، وكل واحد منهما كان مطالبا

---

(١) «المبسوط» ٢٠/ ٣٧.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٠.

(٣) «المبسوط» ٢٠/ ٣٧.

(٤) «المبسوط» ٢٠/ ٤٤.

(٥) «المبسوط» ٢٠/ ٣٨.

(٦) «المبسوط» ٢٠/ ٢٨.

بجميع المال قبل الكفالة الثانية، فلا تصح الكفالة الثانية، كما لا يعتبر كفالة الأصيل عنهما.

والثاني: أنه إذا أدى أحدهما شيئا، ينبغي أن لا يرجع على شريكه بشيء؛ لأنه لو رجع عليه، كان لشريكه أن يقول: "أداؤك عني بأمري، كأدائي بنفسي، فلي أن أرجع بذلك عليك" فيؤدى إلى الدور[1].

قلنا: أما الجواب عن الأول أن نقول: إنما لا تصح كفالة الأصيل عنهما؛ لأن الكفالة بأمر، لها حكمان: حكم يظهر في حق الطالب بثبوت المطالبة له على الكفيل[2]، وحكم يرجع إلى المكفول عنه بثبوت حق الرجوع بما أدى على المكفول عنه[3]، وكفالة الأصيل عنهما لا تفيد حكما ما، فلا تعتبر.

أما كفالة كل واحد منهما عن صاحبه، إن كانت لا تثبت للطالب حقا، يثبت لكل واحد منهما حق الرجوع على صاحبه بنصف ما أدى، قل أو كثر[4]، فتصح الكفالة لثبوت أحد الحكمين.

وأما الجواب عن الكلام الثاني نقول: بأنهما في الكفالة عن الأصيل سواء، والاستواء في الكفالة يوجب الاستواء في الغرم، فإذا أدى أحدهما شيئا، لو لم يرجع على

---

(١) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٣٦.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٠.

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٠، و«ردّ المحتار» ٥/ ٣٣٧.

(٤) «المبسوط» ٢٠/ ٣٨، «ردّ المحتار» ٥/ ٣٣٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٤.

شريكه بنصف ما أدى، يقع ذلك عن الأصيل [1]، فيبرأ الأصيل عن ذلك القدر وبراءة الأصيل يوجب براءة الكفيل فبرا صاحبه عن ذلك القدر ضرورة [2]، ويبقى كل واحد منهما كفيلا عن الأصيل بما بقي، فيفوت الاستواء في الغرم، فلتحقيق الاستواء قلنا: إذا أدى شيئا، رجع على شريكه بنصفه، ولايكون لشريكه أن يعارضه، ويجعل ذلك عنه، لأنه لو جعل عنه يؤدي إلى الدور، فيمتنع الرجوع، وعند ذلك يفوت الاستواء في الغرم.

بخلاف المسألة الأولى إذا كفل عن الأصيل بألف ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه، ثم أدى أحدهما شيئا، لايرجع على شريكه ما لم يكن المؤدى أكثر من النصف [3]؛ لأن ثمة كفلا عن الأصيل بألف، فكان كل واحد منهما كفيلا عن الأصيل بخمسمائة، فإذا أدى أحدهما خمسمائة، لو وقع ذلك عن الأصيل [4]، لا يكون له أن يرجع على شريكه بعلة الدور [5]، بل يخرج هو عن كفالة الأصيل، فيبقى صاحبه كفيلا عن الأصيل بخمسمائة مطالبا بمثل ما أدى هذا الشريك، فلا يفوت الاستواء في الغرم.

أما هنا كل واحد منهما كفيل عن الأصيل بجميع الألف، فلو لم يرجع على [6] شريكه بنصف ذلك، يبقى كل واحد منهما كفيلا عن الأصيل بما بقي [7]، وقد أدى

(١) «المبسوط» ٢٠/ ٣٨.

(٢) قوله: "وبراءة الأصيل" إلى قوله: "عن ذلك القدر" ساقط من (ج) و (د).

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥.

(٤) «المبسوط» ٢٠/ ٣٧.

(٥) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٣٦.

(٦) "على" ساقط من (ج) و (د).

(٧) «المبسوط» ٢٠/ ٣٧.

أحدهما زيادة شيء، فيفوت الاستواء، فلتحقيق الاستواء الملتزم إذا أدى أحدهما شيئا، رجع على شريكه بنصف ما أدى، ولا يكون لشريكه أن يعارضه، ويجعل عنه كيلا يؤدي إلى الدور[1].

وإن لم يؤد أحد الكفيلين شيئا، ولكن الطالب أخذ المال من الأصيل، لم يرجع الأصيل على الكفيل بشيء لوجهين[2]:

أحدهما: أنه لم تصح كفالته عن الكفيلين.

والثاني: أنه لو رجع، لكان لهما أن يرجعا عليه، كما لو أديا بأنفسهما، فلا يفيد رجوعه عليهما[3].

ولو لم يؤد أحدهم شيئا حتى أبرأ الطالب أحد الكفيلين عن جميع المال، وفي بعض النسخ: "حتى أخر الطالب عن أحدهما" وهو سواء، كان له أن يأخذ الكفيل الآخر بجميع المال؛ لأن الكفيل الآخر كما هو، كفيل عن صاحبه، فهو كفيل عن الأصيل، فيؤخذ بحكم الكفالة عن الأصيل[4]، حتى لو أدى شيئا، يرجع بذلك على الأصيل، ولا يرجع بذلك على صاحبه؛ لأنه بريء عن كفالة صاحبه؛ لأن صاحبه قد بريء، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل[5].

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥، و«ردّ المحتار» ٥/ ٣٣٦.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٣، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٦٢.

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٣.

(٤) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٣٧.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٦٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١١.

وإن أبرأ الطالب الأصيل، برئا جميعا؛ لأنهما كفيلان عن الأصيل، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل[١].

ولو كفل رجل عن رجل بألف، ثم كفل رجل آخر عن الأصيل بجميع الألف جاز؛ ذلك[٢] لأن صحة الكفالة تعتمد قيام الدين على المكفول عنه، وقد وجد، ولأن الدين لا يسقط عن الأصيل بالكفالة، فصحت الكفالة الثانية[٣]، ولا تكون الثانية فسخا للأولى؛ لأنها شرعت للتوثق[٤]، وضم الكفيل إلى الكفيل يزيد في التوثق، فلا تجعل الثانية فسخا للأولى، وأيهما أدى المال لا يرجع على صاحبه بشيء، ولكن يرجع على الأصيل بما أدى؛ لأن كل واحد منهما كفيل عن الأصيل، لا عن صاحبه[٥].

وإن لم يؤد أحدهما شيئا حتى أخذهما الطالب، فاعطياه كفيلا بجميع المال، جاز؛ لأن الكفالة عن الكفيل بمنزلة الكفالة عن الأصيل، ويكون هذا الكفيل كفيلا عن كل واحد منهما بخمسمائة[٦].

فإن أدى الكفيل الثالث ألفا، كان له أن يرجع على كل واحد منهما بخمسمائة؛ لأنه كفل عن كل واحد منهما بخمسمائة.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) «المبسوط» ٢٠/ ٣٧.

(٣) المرجع السابق.

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ٨.

(٥) «المبسوط» ٢٠/ ٣٧.

(٦) «المبسوط» ٢٠/ ٤١.

وإن أدى الثالث أقل من ألف وقال: "أديت عنهما"، كان القول قوله، ويرجع على كل واحد منهما بنصفه[1].

وإن قال: "أديت خمسمائة عن هذا، والفضل عن الآخر"، كان القول قوله؛ لأنه هو المملك، فيكون القول في البيان قوله[2]، وليس له أن يرجع على أحدهما بأكثر من خمسمائة؛ لأنه كفل عن كفل واحد.

فإن لم يؤد الثالث شيئا حتى لقيه الطالب والكفيلين الأولين، فجعلهم كفلا بعضهم عن بعض، جاز[3].

فإن أدى الكفيل الثالث شيئا لا يرجع على الأصيل؛ لأنه ما كفل عن الأصيل، وإنما كفل عن الكفيلين الأولين[4]، لكن الكفيل الثالث إلى الآن لو أدى شيئا، لا يرجع على أحد الأولين بأكثر من خمسمائة؛ لأنه كفل كل واحد منهما بخمسمائة، وأحد الأولين لم يكن كفيلا عن صاحبه[5]، فلا يرجع على أحدهما بأكثر من خمسمائة.

فإذا ضمن بعضهم بعضا، فقد كفل واحد من الأولين عن صاحبه، وبقي الكفيل الثالث كفيلا عن كل واحد من الأولين بخمسمائة كما كان، فإن أدى الكفيل الثالث خمسمائة، أو أقل، رجع بذلك على أي الأولين شاء؛ لأنه كفل عن واحد منهما

(١) «المبسوط» ٢٠/ ٤٢.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٣، و«المبسوط» ٢٠/ ٤١.

(٣) «المبسوط» ٢٠/ ٤٣.

(٤) «المبسوط» ٢٠/ ٤٢.

(٥) «المبسوط» ٢٠/ ٣٧.

بخمسمائة[1].

وإن أدى أكثر من خمسمائة، رجع بخمسمائة على أي الأولين شاء، ويرجع عليه أيضا بنصف الفضل؛ لأنه أدى خمسمائة عن الأكبر، فيرجع عليه بذلك، وأدى الفضل عن الأصغر، والأكبر كفيل عن الأصغر، فيشاركه الأكبر فيما أدى عن الأصغر؛ فلهذا يرجع على الأكبر بنصف الفضل مع خمسمائة، حتى لو أدى كل المال، رجع[2] على أي الأولين شاء[3] بسبعمائة وخمسين؛ لما قلنا.

ثم الذي يرجع عليه الثالث بالخيار إن شاء رجع بجميع ذلك على الأصيل؛ لأنه كفل عنه بألف، فيرجع عليه بما أدى، وإن شاء رجع على صاحبه بماتي وخمسين لأنه أدى عنه ماتي وخمسين ويرجع عليه الثالث أيضاً بماتي وخمسين[4][5].

وإن أدى أحد الأولين كل المال إن شاء رجع بذلك على الأصيل؛ لأنه كفل عنه بألف، وإن شاء رجع على الكفيل[6] الثالث بربع المال؛ لأنه أدى نصف المال عن نفسه، والنصف عن صاحبه، ففيما أدى عن نفسه لا يرجع على الثالث، وفيما أدى عن صاحبه يرجع بنصفه على الثالث؛ لأنه مع الثالث كفيلان عن صاحبه، فيرجع عليه بنصف ما أدى

(١) «المبسوط» ٢٠/ ٣٨.

(٢) في (ا) و (ب): "يرجع".

(٣) «المبسوط» ٢٠/ ٣٤.

(٤) قوله: "على صاحبه" إلى قوله: "الثالث أيضاً بماتي". ساقط من (ج) و (د).

(٥) «المبسوط» ٢٠/ ٤٤.

(٦) "الكفيل" ساقط من (ج) و (د).

عن صاحبه [١]، ثم يرجعان على الآخر بجميع خمسمائة، ثم يرجع الأول على الأصيل بألف؛ لأنهما كفلا عنه بألف [٢]، وقد أديا.

وإن لم يؤد أحدهم حتى لقي الطالب الكفلاء والذي عليه [٣] والأصيل، فكفل بعضهم عن بعض بجميع المال، فكفالة الأصيل عن الكفلا جائزة [٤]، وهذه الكفالة تنقض ما كان قبلها؛ لأن حكمها يخالف حكم ما كان قبلها؛ فإن الكفيل الثالث لو أدى شيئا قبل هذه الكفالة الثالثة [٥]، لا يرجع على الأصيل؛ لأنه لم يكن كفيلا عنه، ويرجع بجميع ما أدى على الكفيلين الأولين [٦].

وبعد الكفالة الثالثة لو أدى الثالث شيئا، كان له [٧] أن يرجع بجميع ذلك على الأصيل؛ لأنه كفل بجميع المال عنه بأمره، وإن أراد أن يرجع على الأولين يرجع عليهما بثلثي ما أدى، ولا يرجع [٨] بجميع ما أدى؛ لأنه كفل عن الأصيل [٩]، وصار بمنزلة

(١) «المبسوط» ٢٠/ ٤٤.

(٢) في (ج) و (د): "بأمره".

(٣) "والذي عليه" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د): "فكفالة الأصيل باطلة، وكفالتهم جائزة".

(٥) "الثالثة" ساقط من (ج) و (د).

(٦) «المبسوط» ٢٠/ ٤٢.

(٧) في (ج) و (د) "فله".

(٨) "ولا يرجع" ساقط من (ج) و (د).

(٩) «المبسوط» ٢٠/ ٣٦.

الأولين أحد[1].

وإذا انتقض بهذه الكفالة ما كان قبلها[2]، صار كثلاثة كفلوا عن رجل بألف بأمره على أن بعضهم كفلاء عن بعض بجميع المال، فإذا أدى أحدهما شيئا، رجع بثلثي ذلك على شريكه؛ لأنهم استووا في الكفالة فيرجع عليهما بالثلثين تحقيقا للاستواء[3].

وإن لقي المؤدى أحد صاحبيه يرجع عليه بنصف ما أدى، فإن لقي الثالث بعد ذلك رجعا عليه بثلث ما أديا، ثم يرجعون على الأصيل[4].

وإن لقي أحدهما الثالث رجع عليه بنصف ما أدى، وإن أراد المؤدي أن يرجع على الأصيل بكله في الابتداء، له ذلك؛ لأنه كفل عن الأصيل بجميع المال بأمره وقد أدى.

- والله أعلم -

---

(١) "أحد" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «المبسوط» ٢٠/ ٤٢.

(٣) «المبسوط» ٢٠/ ٤٢.

(٤) «المبسوط» ٢٠/ ٤٣.

باب من الحوالة التي تحتال بها على الكفيل أو على الأصيل

بنى الباب على أصول:

منها: أن الحوالة توجب براءة المحيل عندنا بشرط السلامة(١).

والثاني: أن تأجيل الأصيل يكون(٢) تأجيل الكفيل، وتأجيل الكفيل لا يكون تأجيلا للأصيل(٣)؛ لأن التأجيل إبراء موقت، فيعتبر بالإبراء المطلق.

والثالث: أن الكفيل بأمر يرجع على الأصيل ليخلصه، وتفسيره: أنه إذا طولب، يطالب الأصيل، وإذا لوزم، يلازم، وإذا حبس، يحبس؛ لأن الأصيل هو الذي أوقعه في الورطة، فيكون تخليصه عليه(٤).

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل عليه ألف لرجل، وكفل بها رجل بأمر الأصيل، فأحال الطالب غريما له على

(١) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠، و«الجوهرة النيّرة» ١/ ٤٠٨، «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٦، و«فتح القدير» ٧/ ٢٢٣.

(٢) "يكون" ساقط من (ج) و (د).

(٣) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٢٣، و«الجوهرة النيّرة» ١/ ٤٠٥، و«فتح القدير» ٧/ ١٨٠.

(٤) «الجوهرة النيّرة» ١/ ٤٠٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

الكفيل بألف على أن يؤديه مما عليه، جازت الحوالة[1]؛ لأن ذمة الكفيل انضمت إلى ذمة الأصيل في تحمل المطالبة.

ولو أحال على الأصيل حوالة مقيدة بما عليه جاز[2]، فكذا إذا أحال على الكفيل.

قال: "وبرئ الكفيل عن مال الكفالة" لم يرد به الكفالة[3] المطلقة التي تحصل بالقبض، وإنما أراد به سقوط المطالبة، وانقطاع يد الطالب عنه[4] إلى أن تبطل الحوالة؛ لأن المحتال له لم يملك ما كان للمحيل في ذمة المحتال عليه، ولم يصر قابضا بمجرد الحوالة؛ ولهذا لو مات المحيل وعليه ديون كثيرة[5]، يؤخذ المال من الكفيل عليه[6]، ويقسم بين غرماء المحيل[7] بالحصص عندنا، [و][8] المحتال له أحدهم[9].

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠١.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠١.

(٣) في (ج) و (د) "البراءة".

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ١١.

(٥) "كثيرة" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "عليه" ساقط من (ج) و (د).

(٧) ورد في (ج) و (د): "ويقسم بين غرماء المحيل لما مر"، ثم سقطت العبارة بعدها من قوله: "بالحصص"، التي ثبتت في الأصل، وفي (ا) و (ب).

(٨) لم تثبت "الواو" في جميع النسخ، وأضفناها لأن العبارة لا تستقيم بدونها.

(٩) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

وكذا لو مات الكفيل مفلسا، عاد الدين إلى ذمة المحيل[1]، ولو صار المحتال له قابضا، لا يرجع على المحيل، ولا يكون ذلك المال بين غرماء المحيل، بل يكون للمحتال له[2]، وإذا لم يصر قابضا بمجرد الحوالة، بقي حق الطالب على الأصيل كما كان، لكن تأخرت مطالبة الطالب عن الكفيل لوجهين:

أحدهما: أن المحتال عليه إنما قبل الحوالة ليملك ما في ذمته عند الأداء.

والثاني: أن المحتال عليه[3] لم يرض باجتماع المطالبين فإنما تحمل مطالبة المحتال له؛ لينقطع عنه مطالبة الطالب، فانقطعت عنه المطالبة، وصارت الحوالة بمنزلة التأجيل، وتأجيل الكفيل لا يوجب تأجيل الأصيل[4]، فكان للطالب أن يأخذ ماله من الأصيل.

فإن استوفى المحتال له المال من الكفيل، برئ المكفول عنه عن دين الطالب، ويرجع الكفيل على المكفول عنه[5]؛ لأن المحتال له قام مقام الطالب في الاستيفاء.

ولو أدى الكفيل المال إلى الطالب، يبرأ المكفول عنه عن حق[6] الطالب، ويرجع عليه الكفيل[7]، فكذا إذا أدى الكفيل إلى من قام مقام الطالب.

---

(١) «فتح القدير» ٧/ ٢٢٤.

(٢) «المبسوط» ٢٠/ ٧١.

(٣) في (ج) و (د): "أنه".

(٤) «الجوهرة النيّرة» ١/ ٤٠٥، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٧٨.

(٥) «المبسوط» ٢٠/ ٩١.

(٦) في (ج) و (د) "عن دين".

(٧) «ردّ المحتار» ٥/ ٣١٤.

وإن لم يستوف المال من الكفيل ولكنه طالبه، كان للكفيل أن يطالب الأصيل، ويلازمه إذا لوزم، ويحبسه إذا حبس[1]؛ لأن المحتال قام مقام الطالب.

والطالب لو طالب الكفيل يرجع على الأصيل، ويلازمه إذا لوزم، ويحبسه إذا حبس[2]، فكذا إذا طالبه المحتال له.

وليس للكفيل أن يأخذ المحيل حتى يخلصه؛ لأنه قيد الحوالة بما [كان][3] عليه، فكان للمحيل[4] أن يقول: "أدِّ إلي مالي عليك حتى تتخلص"[5].

ألا ترى أن الكفيل لو أدى حق المحتال له، لا يكون له[6] أن يرجع بذلك على المحيل؛ لأنه لو رجع عليه، كان للمحيل أن يقول: "أد إلي مالي عليك حتى أوديه إليك"[7]، فكذا لا يطالبه بالتخليص قبل الأداء.

وإن لم يؤد الكفيل شيئا حتى أخذ المحيل ماله من الأصيل، برئ الأصيل بالأداء، والكفيل ببراءة الأصيل، ولا تبطل الحوالة عندنا[8].

---

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ١١.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١١، و«المبسوط» ٢٠/ ٨٩.

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د): "فكان له".

(٥) «المبسوط» ٢٠/ ٨٩.

(٦) في (ج) و (د) "ليس له".

(٧) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٩.

(٨) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٧.

وعند زفر تبطل ؛ لأنها مقيدة بدين الكفالة، وقد سقط بأداء الأصيل، فتبطل الحوالة بفوات محلها، كما لو قيدها بوديعة فهلكت.

ولنا: أن الحوالة صحت لقيام محلها، فلا تبطل عند[1] فوات المحل بفعل المحيل، كما لو قيد الحوالة[2] بثمن المبيع، ثم انفسخ البيع بينهما بما هو فسخ من كل وجه[3]، وقد قررنا هذا فيما تقدم، وفرقنا بين هذا وبين الوديعة.

وإذا بقيت الحوالة عندنا، كان للمحتال له أن يطالب الكفيل، وليس للكفيل أن يطالب الأصيل بالتخليص، كما كان يطالبه قبل الأداء ؛ لأن من حجة الأصيل أن يقول: "لولا قبولك الحوالة، لكنت تبرأ بأدائي، فإذا بقيت في المطالبة بقبولك الحوالة عن اختيار لا بسبب الكفالة، فلا ترجع علي.

ألا ترى أنه لو أدى الكفيل بعد أداء الأصيل، لا يرجع على الأصيل، بل يرجع على المحيل، فإذا طولب بعد أداء الأصيل، يطالب المحيل بالتخليص.

ولو أدى المال إلى المحتال له، له أن يرجع على المحيل ؛ لأنه قضى دين المحيل[4] بأمره وليس للمحيل[5] عليه دين[6] ؛ لأن الكفيل بري عن دين الكفالة بأداء الأصيل

(١) في (ج) و (د) "بفوات".

(٢) في (ج) و (د) "قيدها".

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٤) في (ج) و (د) "دينه".

(٥) في (ج) و (د) "له".

(٦) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٩.

وصارت من الحوالة مطلقة[1][2].

أما إذا أدى دين الحوالة قبل أداء الأصيل، لا يرجع على المحيل؛ لأن قبل أداء الأصيل، دين الكفالة واجب عليه، فإذا قضى دين المحتال له، صار ما وجب له على المحيل قصاصا بدين الكفالة فلا يرجع[3].

فإن كانت الكفالة بغير أمر الأصيل، كان هذا والأول سواء، إلا أن هنا لايرجع على الأصيل بعد الأداء[4]، كما لا يطالبه بالتخليص قبل الأداء

قال[5]فإن كان الطالب أحال غريما له على الأصيل دون الكفيل حوالة مقيدة بما عليه، جازت[6]، وبرئ الأصيل والكفيل عن دينه، يريد تأخر المطالبة.

فإن أحال غريما بماله آخر على الكفيل بما عليه، لم يجز[7]؛ لأنه لا دين له على الكفيل، فلم تصح الحوالة المقيدة.

وكذا لو أبرأ المحيل الكفيل بطل ابراؤه؛ لأنه لم يكن على الكفيل إلا المطالبة، وقد تأخرت عنه المطالبة بالتأخير عن الأصيل، فلا يصح ابراؤه.

---

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

(٢) ورد في (ج) و (د) "لأنه برى ببراءة الأصيل، وصار من الحوالة".

(٣) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٨.

(٤) «ردّ المحتار» ٥/ ٣١٤.

(٥) "قال" ساقط من (ج) و (د).

(٦) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠١.

(٧) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠١.

فإن مات المحيل وعليه ديون، ولم يدع مالا سوى ما على الأصيل، ذكرنا أنه تبطل الحوالة استحسانا، وإذا بطلت الحوالة[1] يعود دين المحيل على الأصيل، والكفيل يأخذ وصي المحيل أيهما شاء، ويقسم بين غرماء المحيل المحتال أحدهم[2]؛ لأن تأخر المطالبة عنهما كان بحكم الحوالة، فإذا بطلت الحوالة يعود دين الأصيل موثقا بالكفالة كما كان.

فإن مات الأصيل مفلسا، ولم يمت المحيل، تبطل الحوالة استحسانا، ويرجع المحتال له بدينه على المحيل[3]، ولا سبيل له على الكفيل؛ لأن الكفيل ما التزم شيئا للمحتال له، وللمحيل أن يرجع بدينه على الكفيل؛ لأن الموجب لتأخر المطالبة عن الكفيل الحوالة على الأصيل، وقد بطلت، فتعود المطالبة.

والكفالة تبقى عن الميت المفلس، وإن كان لا يصح ابتداء في قول أبي حنيفة[4]، فإن أدى الكفيل المال، يرجع بذلك في مال المكفول عنه إن كانت الكفالة بأمره.

قالوا: هذا غلط من الكاتب؛ لأن محمدا وضع مسألة فيما إذا مات الأصيل مفلسا، فكيف يرجع في ماله، ولو كان له مال لا تبطل الحوالة، ولا يكون للمحيل حق الأخذ من الكفيل، ولو أخذ من الكفيل[5] ولاية الاسترداد.

منهم من قال: أراد محمد أن يرجع في ماله، إذا حصل له مال بسبب حادث، بأن

(١) "وإذا بطلت الحوالة" ساقط من (ج) و (د)، وفيه: "فيعود دين المحيل".

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٦.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٥٣، و«فتح القدير» ٧/ ١٩١، و«المبسوط» ٢٠/ ١٠٨.

(٥) "من الكفيل" ساقط من (ج) و (د).

قتل عمدا وله ابنان، وقضى بموته مفلسا[1]، ثم عفا أحد الابنين، ينقلب نصف القصاص مال،ا ويكون ذلك من تركته، تقضى منه ديونه، أو كان للأصيل قصاص موروث على رجل، ثم مات الأصيل فعفا أحد ورثته[2]، أو كان الميت باع في صحته عبدا يساوي ألفا بمائة، ثم مات، فوجد المشتري به عيبا فرده بقضاء، فباعه الوارث بألف، وقضى منه المائة، يبقى للميت تسعمائة، ولا يتبين أنه لم يكن مفلسا، فكان للكفيل أن يرجع في هذا المال.

فأما إذا ظهر للميت مال، يعلم به القاضي بطلان القضاء بموته مفلسا بأن كان مدفونا في بيت أو وديعة عند إنسان أو دينا على مليء، فإن المحتال له يأخذ حصته من هذا المال[3]، لأن ظهر أنه مات مليئا، وأن الحوالة لم تبطل[4].

وإن ظهر له دين على مفلس فلّسَه القاضي، بقيت الحوالة في قياس قول أبي حنيفة؛ لأن تفليس الحي عنده لا يصح، فلا تبطل الحوالة، إلا أن يموت هذا الغريم مفلسا، فحينئذ تبطل الحوالة كما تبطل بموت الأول مفلسا[5].

ولو أن القاضي لم يعلم بمال المحتال عليه، حتى رجع المحتال له على المحيل بقضاء، واستوفى دينه، ثم ظهر للميت مال، رجع المحيل على المحتال له بما أخذ منه إن

(١) «المبسوط» ٢٠/ ١٠٩.

(٢) «المبسوط» ٢٠/ ١١٠.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٧.

(٤) من قوله: "بأن كان مدفونا" إلى آخر الفقرة ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٧.

كان قائما، وبمثله لو كان هالكا[1].

ثم يأخذ المحتال له حقه من المال الذي ظهر للميت عليه[2]، وكذا لو رجع المحيل على الكفيل بعد القضاء بموت المحتال عليه مفلسا، وببطلان الحوالة، ثم ظهر للأصيل مال، رد المحيل على الكفيل ما أخذ منه؛ لأنه ظهر بطلان القضاء، وظهر أن الحوالة قائمة، وأن ما أخذ من الكفيل أخذ بغير حق.

ولو كان المحيل أدى دين المحتال له من غير قضاء، جاز، ويجبر المحتال له على القبول[3]؛ لأن ما كان على المحيل وإن سقط بالحوالة، فهو بعرض أن يعود بموت المحتال عليه مفلسا، فلم يكن المحيل في الأداء متبرعا[4]، فجاز أداءه، ويجبر على القبول، كمعير الرهن إذا قضى دين الراهن.

وإذا صح الأداء تبطل الحوالة، ويعود دين المحيل[5]، إن شاء أخذ من الكفيل، وإن شاء أخذ من الأصيل إن كان حيا، ومن تركته إن كان ميتا، سواء أدى المحيل في حياة المحتال عليه، أو بعد موته.

ولو مات المحتال عليه مفلسا، فأدى المحيل حق المحتال له[6]، ثم رجع على الكفيل

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٧.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٧.

(٥) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣١.

(٦) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٨.

بدينه، أو رجع على الكفيل أولا، ثم أدى دين المحتال له، ثم ظهر للأصيل مال، لا يرجع الكفيل على المحيل بما أخذ منه؛ لما ذكرنا أن أداء المحيل دين المحتال له ما كان تبرعا محضا[1]، بل كان لإزالة الشغل عما كان له على الأصيل والكفيل، وإذا لم يكن تبرعا ظهر أن الكفيل أدى إلى المحيل دينا واجبا عليه، فلا يرجع.

استشهد فقال: ألا ترى أنه لو كان لرجل على رجل ألف درهم قرض حالة، فأحال غريما له على المستقرض بما عليه إلى سنة، جازه[2]، ولا يكون للمقرض أن يطالب المستقرض بدينه قبل سنة، لا لأجل التأجيل، بل لأن دين المقرض صار مشغولا بالحوالة، فإن أدى المحيل دين المحتال له قبل سنة جاز، ويرجع على المستقرض بدينه قبل سنة؛ لأنه لما أدى دين المحتال له، فرغ القرض عن الحوالة، فيرجع حالا.

وألا ترى أن الطالب لو لم يحل غريمه على الأصيل، ولكنه أمر الأصيل أن يكفل عنه لغريم له بألف حالة، أو إلى سنة على أن يؤديها مما عليه جازت الكفالة، وكان[3] المكفول له الثاني بالخيار، إن شاء أخذ المال من المكفول له الأول؛ لأنه كفيل في حقه، وإن شاء أخذ من المكفول عنه الثاني؛ لأنه أصيل في حقه، وليس له أن يأخذ الكفيل الأول؛ لأنه لم يلتزم له شيئا، ولا بشيء[4] للمكفول عنه الثاني على الكفيل الثاني، وهو الأصيل الأول، ولا على الكفيل الأول في الحال لمكان الشغل.

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٧.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٨.

(٣) "وكان" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "بشيء" ساقط من (ج) و (د).

فإن أدى المكفول عنه الثاني المال إلى المكفول له الثاني، يخلص ما كان على المكفول عنه الأول، وله الخيار في ذلك، إن شاء طالب بذلك المكفول عنه الأول، وإن شاء طالب كفيله، فكذلك الحوالة.

والحاصل أن تقييد الحوالة والكفالة بالمال يوجب الشغل، ولايزيل عن ملكه، فإذا زال الشاغل، يعود الأمر على ما كان قبل الشغل.

الفصل الثاني إذا جمع بين الحوالة على الأصيل والكفيل[1]

وهو على وجهين: إما إن أحال عليهما على التعاقب[2]، أو جملة[3].

فإن أحال على التعاقب[4] إما إن أحال على الكفيل أولا، ثم أحال على الأصيل جازت الحوالتان[5][6]؛ لأن براءة الكفيل بالحوالة لا توجب براءة الأصيل[7]، وإذا بقي الدين جازتا جميعا[8]، وليس للكفيل أن يطالب الأصيل بالتخليص؛ لأن من حجته أن

(١) في (ج) و (د) "وبين الكفالة".

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠١.

(٣) في (ج) و (د) "أو معا"، وقوله: "أو جملة" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) قوله: "فإن زحال على التعاقب" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) كذا في الأصل، وهو المثبت في (ا) و (ب)، والعبارة في (ج) و (د) كالتالي: "إن أحال على الكفيل أولا، ثم على الأصيل جازتا"، وما أثبت أصح وأوضح.

(٦) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠١.

(٧) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٢٣.

(٨) "جميعا" ساقط من (ج) و (د).

يقول: لو لا قبولك الحوالة، لكنت تبرأ بقبولي الحوالة، فإنما لزمتك المطالبة بقبولك الحوالة عن اختيار فلا يلزمني تخليصك.

وإن أحال على الأصيل أولاً ثم على الكفيل لا يصح الثانية لأن الكفيل بري براة الأصيل[1] فلا تصح الثانية[2]؛ لانعدام الدين، فإن بطلت الحوالة على الأصيل[3] بموته مفلسا أو بسبب آخر، حتى عاد المحيل على الأصيل والكفيل، وعادت المطالبة، فالحوالة على الكفيل باطلة على حالها[4]، لا تنقلب جائزة؛ لأنها وقعت باطلة لفقد شرطها، فلا ينقلب جائزة[5] كالنكاح إذا كان في العدة أو بغير شهود، ثم أشهد الشهود أو انقضى العدة[6] لا ينقلب جائزا.

ولو سبقت الحوالة على الكفيل حتى صحت، ثم أدى المكفول عنه، برئ الكفيل عن دين الكفالة، وبقيت الحوالة[7]؛ لما قلنا.

ثم هو يطالب المحيل ويلازمه حتى يخلصه[8]، ويرجع عليه إذا أدى دين الحوالة كأنه

---

(١) من قوله: "أولا ثم على الكفيل" إلى قوله: "براة الأصيل" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠١.

(٣) "على الأصيل" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠١.

(٥) قوله: "فلا ينقلب جائزة" ساقط من (ج) و (د).

(٦) العبارة في (ج) و (د) كالتالي: "أو بغير شهود لا ينقلب جائزة بانقضاء العدة أو بالإشهاد".

(٧) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠١.

(٨) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠١.

أحال عليه من غير دين.

وإن أحال عليهما معا جاز؛ لأن براءة الكفيل حكم براءة الأصيل، وبراءة الأصيل تعقب الحوالة(١)؛ لأنها حكم الحوالة، وقبول الحوالة من الكفيل اقترن بقبول الأصيل، فيكون قوبل الحوالة سابقا على البراءة ضرورة.

هذا كما قال في «الجامع»: إذا تزوج مكاتبة على أمة، ولم يدفع الأمة إليها، حتى تزوج الأمة برضى المكاتبة جاز؛ فإن طلقهما قبل الدخول بالمكاتبة، إن طلق المكاتبة ثم الأمة، لا يقع الطلاق على الأمة؛ لأن بطلاق المكاتبة قبل الدخول وتسليم الأمة إليها عاد نصف الأمة إلى ملكه، وفسد نكاحها، فلا يقع الطلاق(٢).

وإن طلق الأمة أولا ثم المكاتبة طلقتا؛ لأنه طلقهما حال قيام النكاح، وكذا لو طلقهما معا؛ لأن عود نصف الأمة إلى ملكه، حكم طلاق المكاتبة، فيتأخر عن طلاقهما(٣).

ثم عاد إلى مسألة الأولى: إذا أحال على الكفيل أولا، ثم إن الطالب أخّر ما على الأصيل سنة؛ فإنه يتأخر ما له على الكفيل أيضا(٤)، ولا تبطل الحوالة كما لو أبرأ الأصيل، وليس للكفيل أن يلازم الأصيل ويطالبه بالتخليص، ولا يرجع عليه إذا أدى دين

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠١.

(٢) «الجامع الكبير» ص ٨٩.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠١.

(٤) «الجوهرة النيّرة» ١/ ٤٠٥.

المحتـال له، ولكنه يرجع على المحيل[1]؛ لما قلنا في أداء الأصيل، فإن لم يرجع على المحيل حتى حل الدين على الأصيل، حل على الكفيل أيضا، ويصير قصاصا بما له على المحيل[2].

ثم يرجع الكفيل بما صار قصاصا على المكفول عنه[3] إن كان كفل بأمره.

فإن قضى القاضي بالرجوع للكفيل على المحيل، فلن يقبض حتى حل المال على الأصيل، حل على الكفيل أيضا، ويصير قصاصا بماله على المحيل[4].

وكذا إذا حبس المحيل لأجل الكفيل، ثم حل الدين على الأصيل، يخرج المحيل من الحبس؛ لما قلنا، وتكون ملازمة الكفيل ومطالبته على الأصيل[5]، وإن أبرأ المحيل الأصيل، فهو بمنزلة ما لو أبرأ الأصيل عن المحيل بالأداء.

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠١.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠١.

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨، و«المبسوط» ٢٠/ ٥٣.

(٥) «بدائع الصنائع» ٦/ ١١.

كتاب المأذون

باب ما يكون على الميت من الدين وله عبد وعلى عبده دين للوارث أو للموصى له

ذكر في الباب فصولا ثلاثة: فصل في الوارث، وفصل في الموصى له، وفصل في الموهوب له، وبدأ بفصل الوارث.

وبنى الباب على أصول:

منها: أن استغراق التركة بالدين يمنع الملك للوارث والموصى له عندنا استحسانا، والقياس أن لا يمنع الإرث، وهو قول الشافعي[1] رحمه الله.

وجه القياس: أن الوارث خلف عن المورث في أملاكه، ثم الدين لا يمنع ملك المورث، فلا يمنع ملك الوارث.

(١) جاءت مسألة في «مغني المحتاج»: "يبدأ من تركة الميت بمؤنة تجهيزه، ثم تقضى ديونه، ثم وصاياه من ثلث الباقي، ثم يقسم الباقي بين الورثة"، علّق عليه الخطيب الشربيني بقوله: هذا يوهم أن الملك لاينتقل إلا بعد وفاء الدين والوصية، وليس مرادا، بلا لملك في الجميع ينتقل للوارث بمجرد الموت على الأصح، لأن الأصح أن تعلق الدين بالتركة لايمنع الإرث، وإنما يمنع التصرف. انظر «مغني المحتاج» ٣/ ٨.

وجه الاستحسان: قوله تعالى: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾[1]، جعل أوان الميراث ما بعد الدين، فلا يملك قبله؛ ولأن الملك يثبت للوارث بطريق الخلافة عند استغناء الميت، أما عند حاجته فلا، ولهذا لا يملك في حياته، والحاجة تبقى ببقاء الدين، فلا يملك الوارث، كما لا يملك الموصى له.

ولأن حق الغريم أكد من حق الموصى له، بدليل أن الدين يقدم على الوصية، فإذا كانت الوصية تمنع من انتقال الملك إلى الورثة في مقدار الوصية، فلأن يمنع الدين أولى.

وما قال فهو باطل بالمكاتب، فإنه ملك المولى، ولا ينتقل إلى الوارث، ولهذا لا يملك قدر الجهاز والكفن.

وإن لم يكن الدين مستغرقا، فالقياس على هذا الاستحسان أن يمنع الإرث، وهو قول أبي حنيفة الأول، ثم رجع، وقال: بأنه لا يمنع، وهو قول صاحبيه.

وقال بشر بن غياث المريسي: يمنع بقدره، ويملك الوارث ما زاد عليه لأن المانع هو الدين، فيتقدر بقدره، كما في الجهاز والكفن.

ولأبي حنيفة الأول: أن الدين وإن قلّ، فهو شاغل جميع التركة، إذ ليس البعض بجعله مشغولا أولى، فيجعل الكل مشغولا، ولا يمكن أن يشغل بعض التركة دون البعض؛ لأنه لو شغل البعض يمنع الإرث عن ذلك، فتقع الشركة بين الغريم والوارث، ولا تجوز أن تقع الشركة بينهما؛ لاختلاف حقهما؛ لأن حق الغريم في إبدال التركة، وحق الوارث في أعيان التركة، بخلاف الموصى له؛ لأن حقه في أعيان التركة، فيكون شريك الوارث، ولهذا لو هلك بعض المال يقضي الدين من الباقي، وكذا لو كان بعض المال غائبا، وجب قضاء الدين من الحاضر.

---

(١) سورة النساء، الآية: ١١.

ولأبي يوسف ومحمد: أن تركة ما لا تخلو عن الدين، فلو منع الإرث لأدّى إلى أن يمنع الإرث في الألوف لدين دانق، وذلك محال، وتتضرّر به الورثة خصوصا إذا كانوا صغارا محتاجين، فقلنا بأنه لا يمنع، وقدر الجهاز والكفن فلا رواية فيه عن أصحابنا، فيحتمل أن يكون هو والدين القليل سواء.

ولا يقال: لو ثبت الملك للوارث، ويخاطب بقضاء الدين كان أمرا بقضاء دين الميت من مال نفسه، وأنه ممتنع.

لأنا نقول إنما لا يجوز ذلك إذا لم يكن المال مشغولا بحق الغير، أما إذا كان مشغولا بدين الغير جاز أن يخطاب بقضاء الدين.

وأصل آخر: أن دين العبد لا يمنع الإرث فيه، قلّ الدين أو كثر، وقال الحسن بن زياد، وهو رواية عن أبي يوسف: يمنع؛ لأن دين العبد أقوى من دين المولى؛ ولهذا يقدم على دين المولى في القضاء لما يذكر، ثم دين المولى إذا كان مستغرقا يمنع الإرث، فدين العبد أولى.

وجه ظاهر الرواية: أن موت المولى سبب الانتقال إلى الورثة ضرورة أن الميت ليس من أهل الملك، وإنما بقينا الملك لبقاء الحاجة، ودين العبد ليس من حوائج المولى، لا يحبس به في الدنيا ولا يعاقب في الآخرة، فلا يمنع الانتقال إلى الورثة؛ ولأن القياس أن لا يمتنع الإرث[1] بدين الميت لما مر، وإنما عرفنا ذلك بالكتاب، والمراد من الدين المذكور في الكتاب دين الميت، لا دين غيره.

[ثم الفرق بين الدَينين أن التركة تستفاد من جهة المولى، فجاز أن يمنع دينه ملك

(١) "الإرث" ساقط من (ج) و (د).

الورثة][1].

وأصل آخر: أن دين العبد ودين المولى لو اجتمعا يقدّم دين العبد في القضاء لوجهين:

أحدهما: أن دين العبد أقوى؛ [لأنه][2] ثبت بالتزامه ومباشرته، ودين المولى يلزمه بطريق التحمّل، ولهذا قلنا أن دين العبد يمنع المولى[3] من التصرف في العبد، حتى لا يجوز بيعه بغير إذن الغرماء، ودين نفسه لا يمنع من التصرف في العبد، والبداء بالأقوى أولى.

والثاني: أن دين العبد حين وجب، وجب متعلقا بماليته، ودين المولى لا يتعلق به إلا عند الموت، فكان دين العبد أسبق تعلقا بماليته، فيبدأ به، [كما لو][4] استعار من آخر عينا ليرهنه بالدين ثم مات المعير، وعليه ديون، يبدأ بدين المرتهن، وكذلك دين الصحة مع دين المرض.

[ولأن غرمه على الغرماء، فإنه لو هلك سقط دينهم، فكان غنمه لهم؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمّان[5]»][6].

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وزيادة من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وزيادة من (ج) و (د).

(٣) "المولى" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في الأصل: "كمن لو استعار".

(٥) أخرج ابن ماجه في سننه عن عائشة: أن رجلاً اشترى عبداً فاستغلّه، ثم وجد به عيبا فردّه، فقال: يا رسول الله! إنه قد استغلّ غلامي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الخراج بالضمان»، كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان، الحديث: ٢٢٤٣، وأخرجه أبو داود في

وأصل آخر: أن المولى لا يستوجب الدين على مملوكه، ولو ملك مديونه يسقط دينه، وإن ملك بعضه يسقط بقدره؛ لأن فائدة الوجوب [وبقاء الدين][1] الاستيفاء من المالية أو من الكسب، وكلاهما ملك المولى، فلا يفيد، ويكون هذا إيجاب الدين لنفسه على نفسه من حيث المعنى، فإذا ملك مديونه، وسقط الدين [فلو][2] انتقض ذلك الملك من الأصل، عند أبي يوسف يعود الدين، وعند محمد لا يعود؛ لما ذكرنا في أثناء المسائل.

وأصل آخر: أن الدين إذا لم يكن مستغرقا، وقضى من التركة قسم الباقي على ما كان قبل القضاء؛ لأن المصروف إلى الدين بمنزلة التساوي، فيقسم الباقي على السهام التي كانت قبله حتى لا يكون ضرر الهالك على البعض دون البعض، بل يكون على الكل بقدر ملكهم.

وأصل آخر: أن الموصى له بالثلث شريك الورثة؛ لأن نصيبه يزداد بزيادة المال، ويقلّ بقلته، فكان بمنزلة الوارث.

إذا عرفنا هذه الجملة، قال محمد رحمه الله:

رجل مات، وترك عبدا مأذونا قيمته ألف درهم لا مال له غيره، وترك ابنين لا

كتاب البيوع والإجارات، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله، ثم وجد به عيبا، الحديث: ٣٥٠٨ و٣٥٠٩، وأخرجه الترمذي بلفظ مختصر في كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا، الحديث: ١٢٨٥، وأخرجه النسائي في كتاب البيوع، باب بيع المهاجر للأعرابي، الحديث: ٤٥٠٣.

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وزيادة من (ج) و (د).

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وزيادة من (ج) و (د).

(٢) في الأصل: "ثم".

وارث له غيرهما، ولأحد الابنين على العبد خمسمائة، ولأجنبي على الميت ألف درهم [دين][1]، قال: يباع العبد، فيأخذ الابن الذي هو غريم العبد دَينه خمسمائة، أما لا يسقط شيء من دين العبد؛ لأن دين الميت مستغرق للتركة فمنع الإرث فلا يسقط شيء من دين العبد فيزخذ غريم العبد دينه أولا[2] لأن دين العبد يقدم على دين المولى في القضاء، يبقى من الثمن خمسمائة، يصرف ذلك إلى غريم الميت لأنه مال الميت[3]؛ لأنه بدل ملكه فيكون له، وقد خلا عن دين العبد، فيصرف إلى غريم المولى[4].

ولو كان العبد محجورا وعليه دين الاستهلاك فكذلك؛ لأن المحجور في دين الاستهلاك بمنزلة المأذون.

ولو كان دين الميت خمسمائة، والمسئلة بحالها: يباع العبد، فيأخذ الابن نصف دينه مائتين وخمسين؛ لأن دين المولى غير مستغرق، فصار العبد بينهما نصفين.

ولو ملك كل العبد يسقط كل دينه؛ لما قلنا، فإذا ملك نصفه يسقط نصفه، وبقي نصف الدين في نصيب الابن الآخر، فيأخذ مائتين وخمسين من نصيب صاحبه؛ لأن ذلك ثمن العبد، فيعطى دينه من نصيبه، يبقى من ثمن العبد سبعمائة وخمسون، خمسمائة من ذلك للابن الذي له الدين بحكم الميراث، ومائتان وخمسون للآخر، ثم يقضى من ذلك دين الميت، يبقى من ثمن العبد مائتان وخمسون بين الابنين أثلاثا، ثلثاه للابن الذي له الدين، وثلثه للآخر؛ لما مرّ أن التركة تقسم بعد قضاء الدين على ما كان قبل القضاء، وقبل

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وزيادة من (ج) و (د).

(٢) قوله: "لأن دين الميت" إلى قوله: "دينه أولا" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "لأنه مال الميت" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في الأصل: "الميت".

قضاء دين الميت[1] كان الباقي بعد دين العبد بحكم الميراث أثلاثا، خمسمائة لأحدهما، ومائتان وخمسون للآخر، وقد قضى منها دين الميت، فيقسم الباقي بينهما أثلاثا.

فإن قيل: القسمة بين الورثة شرعت للمعادلة، ولا معادلة؛ لأن أحدهما ملك نصيبه فارغا، والآخر مشغولا بالدين.

قلنا: كل واحد منهما ملك نصيبه مشغولا، إلا أنه زال الشغل عن نصيب أحدهما بعد وقوعه في ملكه، وبقي نصيب الآخر مشغولا.

فإن قيل: أن الله تعالى جعل الميراث بين الابنين نصفين، فكيف يقسم[2] الباقي بينهما أثلاثا؟

قلنا: قسمنا الميراث بينهما نصفين، إلا أن أحدهما قضى بنصف نصيبه دين عبده، فيجعل ذلك كالقائم في يده، أو كالمصروف إلى حاجة له أخرى.

وهذا كله قول أصحابنا، أما على قول الحسن، وهو رواية الأمالي عن أبي يوسف: دين العبد إذا كان مستغرقا، يمنع الإرث كدين المولى، فإذا لم يكن كل واحد منهما مستغرقا، فإذا ضم أحدهما إلى الآخر يكون مستغرقا[3] وبالضمّ يصير مستغرقا، يضمّ، ويمنع الإرث، كدين المولى، فإذا لم يكن للابن الغريم شيئاً من العبد لا يسقط شيء من دينه[4] فيأخذ [الابن الغريم][5] كمال حقه خمسمائة، والباقي لغريم المولى.

---

(١) "دين الميت" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "فكيف يكون".

(٣) قوله: "فإذا ضم أحدهما إلي الآخر يكون مستغرقا" ساقط من (ج) و (د).

(٤) قوله: "فإذا لم يكن" إلى "شيء من دينه" ساقط من (ج) و (د).

وعلى قول بشر: الدين القليل يمنع بقدره، فإذا كان دين الميت خمسمائة، منع الإرث في نصف العبد فيتوقف نصف العبد[1]، وملك الابنان نصف العبد بينهما[2]، كل واحد منهما ربعه، فيسقط ربع دين العبد، وذلك خمس[3] مائة وخمسة وعشرون، ويبقى من دينه ثلاثمائة وخمسة وسبعون، يباع العبد بألف، ويعزل نصف الثمن لغريم المولى، ويقسم النصف بين الابنين، لكل واحد منهما مائتان وخمسون، ثم يجيء غريم العبد إلى أخيه، ويقول: بقي من ديني ثلثمائة وخمسة وسبعون، وفي يدك من ثمن العبد مائتان وخمسون، فيأخذ منه ذلك، بقي من دينه مائة وخمسة وعشرون، ثم يجيء إلى غريم المولى، ويقول: بقي من ديني مائة وخمسة وعشرون، آخذ ذلك مما وقف لك من ثمن العبد[4]؛ لأن دين العبد مقدم على دين المولى في القضاء.

ثم يقول غريم المولى لغريم العبد: بقي من ديني مائة وخمسة وعشرون، وفي يدك بحكم الميراث ربع الثمن، والدين مقدم على الميراث، فيأخذ منه مائة وخمسة وعشرين، فيصير في الحاصل لغريم الميت خمسمائة، ولغريم العبد خمسمائة، ولا شئ للابن الآخر.

قال علي الرازي: هذا خطأ فاحش، فإنه قال: ملك الابن الغريم ربع العبد، فيسقط ربع دينه، وفي الحاصل ملك ثمن العبد؛ لأن غريم الميت أخذ منه مما وصل إليه بحكم الميراث مائة وخمسة وعشرين، وبقي له بحكم الميراث مائة وخمسة وعشرون، وأنه

---

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وزيادة من (ج) و (د).

(١) "فيتوقف نصف العبد" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "العبد بينهما" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "خمس" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "العبد" ساقط من (ج) و (د).

ثمن العبد، فينبغي أن يسقط ثمن دينه.

الفصل الثاني:

رجل مات، وترك عبدا قيمته ألف درهم لا مال له غيره، وترك ابنين لا وارث له غيرهما، ولرجل عليه ألف درهم، ولآخر على العبد خمسمائة، وأوصى بثلث ماله لغريم العبد، وقبل الموصي له الوصية، قال: يباع العبد، فيأخذ الموصى له جميع دينه، وما بقي يكون لغريم المولى؛ لأن دين المولى مستغرق للتركة، فلم يملك الموصى له شيئا من العبد، فلا يسقط شيء من دينه، ودين العبد مقدم على دين المولى في القضاء، ويصرف الباقي إلى غريم المولى[1].

ولو كان دين المولى خمسمائة، والمسئلة بحالها: يأخذ الموصى له ثلثي دينه، وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث؛ لأن دين المولى غير مستغرق، فلم يمنع الوصية، فملك الموصى له ثلث العبد، فيسقط ثلث دينه، وذلك مائة وستة وستون وثلثان، ويصرف إلى غريم المولى خمسمائة؛ لأن الدين مقدم على الميراث، يبقى من ثمن العبد مائة وستة وستون وثلثان، يقسم ذلك[2] بين الابنين وبين[3] الموصى له نصفين، نصفه للموصى له، ونصفه للابنين؛ لأنه لو لم يكن هناك دين المولى لكان للموصى له ثلث العبد، فيسقط ثلث دينه، ويأخذ ثلثي دينه من الورثة، وذلك ثلث العبد، ويسلم للورثة ثلث العبد مثل ما سلم للموصى له بحكم[4] الوصية، فإذا كان حق الموصى له[5] عند عدم دين المولى[6]

(١) في (ج) و (د) "غريم الموصي".

(٢) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "بين" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "بحكم" ساقط من (ج) و (د).

مثل حق الابنين كان الباقي بعد قضاء الدين بينهم نصفين.

الفصل الثالث: فصل الهبة:

وهو على وجهين: أحدهما: أن تكون في الصحة، والآخر: أن تكون في المرض ذكر فصل المريض وهو بناء على الآخر، فيذكر ذلك أولاً ليكون أوضح[1].

[أما الأول][2]، قال: صحيح له عبدٌ مأذونٌ مديونٌ، فوهب العبد من غريمه، وسلم، سقط الدين؛ لأنه ملك مديونه، فإن أراد الواهب أن يرجع في الهبة، في ظاهر الرواية: له أن يرجع، وهذا استحسان، وفي القياس: لا يرجع، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة، والمعلى عن أبي يوسف، وهشام عن محمد.

ولو كان على العبد جناية خطأ، فوهبه لوليّ الجناية، ثم أراد أن يرجع، فهو على القياس والاستحسان، وكذا لو كان موهوب جارية وهبها[3] من زوجها حتى فسد النكاح، ثم أراد أن يرجع في الهبة[4].

وجه القياس: أن الدين والجناية والنكاح عيب، حتى كان للمشتري أن يردّ بهذه الأشياء، وزوال العيب يمنع الرجوع في الهبة، كما لو كان به جرح فداواه حتى برأ، لم

---

(٥) "له" ساقط من (ج) و (د).

(٦) في (ج) و (د): "دين الميت".

(١) "ذكر فصل المريض" إلي آخره ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وزيادة من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "لو وهب الجارية".

(٤) "في الهبة" ساقط من (ج) و (د).

يكن للواهب أن يرجع.

وجه ظاهر الرواية: أن هذه عيوب حكمية لا أثر لها في العين، فزوالها لا يوجب زيادة وتغيرا في العين، فلا يمنع الرجوع، كزيادة السعر والنقل من بلد إلى بلد يباع فيه بأكثر، بخلاف الزيادة الحقيقية؛ لأنها تغير العين.

وإذا رجع الواهب في الهبة يعود الدين والجناية عند أبي يوسف، ولا يعود عند محمد.

لمحمد: أنه سقط الدين والجناية، والساقط يتلاشى، فلا يتصور عوده، وبالرجوع لا يظهر أن الهبة لم تكن، ولهذا لو وهب دارا ثم رجع في نصفها لا تبطل الهبة فيما بقي، ولو صارت الهبة في النصف كأن لم تكن، تصير كهبة المشاع، فتبطل في الباقي، بخلاف الحوالة؛ لأن ثَمّة لم يسقط الدين، وإنما تحوّل من ذمة إلى ذمة.

وبخلاف ما إذا صالح من الدين على عين، أو باع عينا بالدين الذي عليه ثم استحق العين، أو هلك قبل التسليم حيث يعود الدين؛ لأن ثمة لم يسقط الدين، أما في البيع: فلأنه صار قصاصا بالثمن، وسقطت المطالبة مع بقاء الدين، وفي الصلح تحول الدين إلى بدله، ولم يسقط، وفي مسئلتنا سقط الدين؛ لأنه لو بقي بقي[1] لنفسه على نفسه، وذلك ممتنع، وبعد ما سقط لا يتصور عوده.

ولأبي يوسف: أن هذه براءة وقعت حكما للهبة، فإذا انتقضت الهبة، وعاد إليه قديم ملكه، عاد ما كان متعلقا به، كالعبد المديون إذا أسره العدو، ثم وقع في سهم واحد من الغانمين، فأخذه المالك القديم بالقيمة، يعود الدين.

---

(١) "بقي" ساقط من (ج) و (د).

وكذا لو باع العبد المديون بإذن الغرماء، حتى تحول الدين إلى الثمن، أو وهب حتى سقط الدين عن ذمة العبد، ثم انفسخ البيع بما هو فسخ من كل وجه، أو رجع إلى الهبة يعود الدين إلى رقبة العبد وكذا لو باع العبد الجاني وهو لا يعلم بالجناية وصار مستهلكا ضامنا قيمته ثم انفسخ البيع بما هو فسخ من كل وجه (١) تعود الجناية، ويبطل الضمّان.

وأما انتقاض الهبة؛ فلأن الرجوع في الهبة نقض، وإعادة إلى قديم ملكه، يستوي فيه القضاء وعدمه، ولهذا لو رجع الواهب في الهبة، ثم وجد به عيبا كان له أن يرد على بائعه، وللواهب الأول أن يرجع في الهبة يعد ما رجع الواهب الثاني.

وكذا لو اشترى شيئا شراء فاسدا، وقبض، ووهب لإنسان، وسلم، يبطل حق البائع في الاسترداد، فإن رجع الواهب في الهبة عاد حق البائع في الاسترداد.

وما قال محمد: أن الساقط لا يحتمل العود(٢)، فيبطل بالإبراء، فإنه يرتدّ بالرد، وكذلك [الهبة](٣) تتمّ من غير قبول، ثم تبطل بالرد. وحكى البلخي عن أبي يوسف أنه استفحش قول محمد، فقال: أرأيت لو كان الدين ليتيمّ، فوهب العبد لليتيم، وقبل الوصيّ، سقط الدين، فإن رجع الواهب(٤) في الهبة هل يعود الدين؟ إن قال: "لا"، كان

---

(١) من قوله: "أو رجع إلي الهبة" إلى قوله: "من كل وجه" ساقط من (ج) و (د).

(٢) جاء في مجلة الأحكام العدلية هذه القاعدة بصيغة: «الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود»، مادة: ٥١، ينظر لبيان القاعدة وتفريعاتها: «درر الحكام» شرح مجلة الأحكام ١/ ٥٥، و«الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ٣٧٨،

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وزيادة من (ج) و (د).

(٤) "الواهب" ساقط من (ج) و (د).

تصرف الوصي ضررا في حق اليتيم، وإن قال: "يعود"، فأيّ فرق بين المسئلتين.

إذا عرفنا هذا جئنا إلى مسئلة المريض، قال: مريض له عبد مديون، فوهبه لغريمه، وسلّمه إليه، سقط دينه؛ لأن تصرفات المريض ممالا[1] يحتمل النقض [بعد النفاذ][2] تنفذ في الحال؛ لأن الملك قائم، وتعلق حق الورثة ليس بمعلوم؛ لأن ذلك في مرض الموت، ومرض الموت لا يعلم إلا بالموت، وأنه موهوم، فلا يمنع النفاذ؛ ولهذا لو كان الموهوب جارية حلّت للموهوب له، وإذا نفذت الهبة، وثبت الملك، سقط الدين ضرورة.

فإن مات الواهب، ولا مال له سواه، ولم تجز الورثة، تنقض الهبة في الثلثين؛ لأن تبرعات المريض تعتبر من الثلث كالوصية، وإذا مات ظهر أنه كان مرض الموت، فتنقض في الثلثين.

ثم قال: ولا يعود الدين، ولم يذكر فيه خلافا، قال عامة مشايخنا: هذا قول محمد، أما على قول أبي يوسف: يعود ثلثا الدين، وهذا وفصل الصحيح سواء، وإذا لم يُعد الدين في قول[3] محمد سلم ثلثا العبد للوارث، والثلث للموهوب له، وعند أبي يوسف إذا عاد الدين بقدر ما انتقضت فيه الهبة يباع فيه، وإذا بيع ذلك يبقى مال الميت ثلث العبد؛ لأن المصروف إلى الدين بمنزلة المستحق، فيعتبر الثلث والثلثان في ذلك، فتنقض الهبة في ثلثي هذا الثلث، وهو تسعا العبد، فيعود تسعا الدين، فيباع تسعا العبد في الدين.

ثم يعتبر الثلث والثلثان فيما بقي، هكذا إلى أن تبطل الهبة في الكل، ولا يسلم

(١) "لا" ساقط من (ج) و (د)، وثبوته أصح.

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وزيادة من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "عند محمد".

للورثة شيء، فيقال للموهوب له: لا نسلم لك الهبة والدين، فلا بدّ من إبطال أحدهما، فيخيّر، فإن اختار الهبة تنتقض الهبة[1] في الثلثين، فيأخذ الموهوب له ثلث العبد، ويسقط ثلثا دينه، ويسلم ثلثا العبد للورثة.

وحكي عن الكرخي أنه قال: ما ذكر في مسئلة المريض أن الهبة تنقض في الثلثين، ولا يعود الدين قول الكل، وفرق لأبي يوسف بينه وبين الصحيح إذا رجع في الهبة.

والفرق أن ثَمة الهبة انتقضت بحق ثابت مقارب للهبة، وهو حق الرجوع للواهب، فلم يكن ملك الموهوب له متقررا، ولا سقوط الدين متقررا، بل كان مترددا، فإذا انتقض صار كأن لم يكن، أما في فصل[2] المريض الهبة إنما انتقض لحق الورثة، وحقهم يثبت عند الموت، فلا يظهر أن الهبة وسقوط الدين لم يكن.

نظير هذا ما لو اشترى دارا بدار، وللدار المشتراة شفيع، والمشتري أيضا شفيعها، فقبض المشتري الدار المشتراة، و وهبها لرجل، ثم جاء الشفيع، ونقض الهبة في نصف الدار، وأخذ نصف الدار بالشفعة، بطلت الهبة فيما بقي؛ لأن للشفيع نقض الهبة بحق مقارن للهبة، وهو حق الشفعة، فيصير كأن لم يكن، فتبطل الهبة في الباقي؛ لأنها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة.

وبمثله: لو أن المشتري لم يقبض الدار المشتراة، وسلم داره إلى البائع، ثم أن البائع وهب الدار التي قبضها لرجل، وسلمها إليه، ثم جاء شفيع الدار المشتراة، وأخذ نصفها من البائع بالشفعة، فرجع المشتري[3] في نصف داره، ونقض هبة الدار[4] في نصف الدار

(١) "تنتقض الهبة" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "فصل" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "المشتري" ساقط من (ج) و (د).

لا تبطل الهبة فيما بقي؛ لأن هبة البائع انتقضت في النصف بحق متأخر، وهو انتقاض البيع في نصف الدار المبيعة، فلم تصر الهبة في الباقي هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، كذلك هنا.

هذا إذا وهب المريض كل العبد من لغريم العبد[1]، فإن وهب له ثلث العبد، وسلم، سقط ثلث دينه اعتبارا للبعض بالكل، فإن مات المريض في مرضه يباع ثلثا العبد بثلثي دينه، ويخرج ذلك القدر من مال الميت؛ لما عرف أن المصروف إلى الدين بمنزلة التاوي، فيعتبر الثلث والثلثان الثلث[2] في الباقي، فتنقض الهبة في ثلثي هذا الثلث[3]، وهو التسعان، فيسلم ذلك للورثة، والتسع للموهوب له، ولا يعود الدين في قول محمد، وكذا في قول أبي يوسف على قول الكرخي، وعلى قول عامة المشايخ إذا نقضت في تسعي العبد يعود تسعا الدين، ثم يخير الموهوب له على الووجه الذي ذكرنا، فصار الثلث هنا بمنزلة الكل فيما تقدم.

ولو كان على العبد دين يحيط بقيمته، وأوصى به لغريمه، ثم مات المولى، وقبل الموصى له الوصية، ولا مال له غير العبد، ولم تجز الورثة، نفذت الوصية في ثلث العبد ويسقط دينه لأنه ملك ثلثه، ويباع ثلث العبد فثلثي الدين ويسلم[4] للموصى له، ولا يرجع عليه الورثة بشيء.

---

(٤) في (ج) و (د): "نقض الهبة".

(١) في (ج) و (د): "من غريمه".

(٢) "الثلث" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "في ثلثي الباقي".

(٤) من قوله: "ويسقط" إلى قوله: "يسلم" ساقط من (ج) و (د).

فرق بين هذا وبين الهبة من وجهين:

أحدهما: إنه لو وهب كل العبد في مرضه لغريم العبد يسقط جميع الدين وفي الوصية إذا انفذت في الثلث يسقط ثلث دينه[1].

والثاني: أن في الهبة إذا نقضت الهبة في الثلثين[2] بعد موته فعاد ثلثا الدين في قول أبي يوسف، وبيع ثلثا العبد بالدين، لا يسلم ثلث العبد للموهوب له بل يرجع عليه الورثة على الوجه اللذي ذكرنا في الوصية إذا انفذت الوصية في ثلث العبد وبيع ثلثا العبد بالدين يسلم ثلاث العبد[3] للموصى له، أما الأول؛ لأن في الهبة الملك يثبت قبل الموت، فملك الموصى له[4] كل العبد، [فسقط كل الدين][5]، وإنما تنقض الهبة بعد موته، في الثلثين، وإذا ملك كل العبد سقط دينه.

أما في الوصية الملك يثبت بعد الموت؛ لأن الوصية إيجاب بعد الموت، فكان ثبوت الملك للموصى له مقارنا لثبوت الملك للورثة، فلم يملك إلا الثلث، فلا يسقط إلا ثلث الدين.

وأما الثاني: في القسمة تعتبر المعادلة وقت القسمة لا بعدها، وفي الوصية تحققت المعادلة في القسمة، لأن نصيب الكل كان مشغولا بالدين، إلا أنه زال الشغل عن نصيب

---

(١) كذا في الأصل، ولم يثبت هذا كله في (ج) و (د): "أن ثمة بالهبة يسقط كل الدين، وهنا يسقط الثلث".

(٢) "الهبة في الثلثين" ساقط من (ج) و (د).

(٣) من قوله: "للموهوب له" إلى قوله: "ثلث العبد" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د): "الموهوب له".

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

الموصى له بعد القسمة.

أما في الهبة إنما تقع القسمة بين الورثة والموهوب له بعد الموت، فتعتبر المعادلة في هذه الحالة، وفي هذه الحالة ملك الورثة مشغول بالدين، وملك الموهوب له فارغ عن الدين، فلهذا كان لهم حق الرجوع فيما بقي للموهوب له.

هذا إذا كان الدين على العبد للموصى له، فإن كان الدين للوارث، والمسئلة بحالها، نفذت الوصية في ثلث العبد، ويسقط ثلثا دينه، لأن الوارث ملك ثلثيه، ويباع نصيب الموصى له بالدين، لأن الدين مقدم[1] على الوصية، ولا يرجع الموصى له على الوارث بشيء؛ لأن الوارث ملك نصيبه مشغولا بالدين، كما ملك الموصى له، فلا يرجع على الوارث، ولا يزاحمه في شيء.

وكذا لو مات عن ابنين، ولأحدهما على العبد دين، سقط نصف دينه، ويبقى نصف الدين في نصيب صاحبه، فيباع نصيبه[2] بالدين، ولا يكون له أن يزاحم شريكه في نصيبه؛ لما قلنا.

- والله أعلم -

(١) العبارة في (ج) و (د): "لتقدم الدين على الوصية".

(٢) "نصيبه" ساقط من (ج) و (د).

باب العبد المأذون له في التجارة إذا اشترى لغيره ولَحقه دين

بنى الباب على أصول ثلاثة:

أحدها: أن العبد المستأجر للبيع والشراء وكيل في حق المستأجر؛ لأن حكم عقده يقع للمستأجر بحكم الأمر، لا بحكم الملك، فكان وكيلا، فتراعى أحكام الوكالة بينهما، حتى يرجع بالعهدة على المستأجر، ويطالبه بالثمن، كما يرجع الوكيل على المؤكل.

وهو في حق مولاه بمنزلة العبد المأذون في التجارة، ، حتى تباع رقبته بما يلحقه من الديون، ولا يرجع بالعهدة ونحو ذلك؛ لأن مولاه[1] يملك الإذن في التجارة، فإذا أجره للتجارة فقد رضي بتجارته، والإذن في التجارة يثبت بأقل من هذا، وهو السكوت، فيثبت بالإجارة للتجارة بطريق الأولى.

والثاني: أن الإجارة لا تصح إلا بإعلام البدلين؛ لأنها نوع بيع، فيراعى فيها إعلام البدلين، والمبدل في الأجير المشترك هو[2] العمل، لا نفس المنفعة، حتى [لا][3] يستحق الأجر إلا بالعمل، فيشترط إعلام العمل ببيان القدر والجنس والصفة، والمبدل في الأجير الخاص نفس المنفعة، حتى يستحق الأجر بتسليم النفس من غير عمل، فيراعى إعلام المنفعة ببيان المدة.

---

(١) في (ج) و (د): "لأن المولى".

(٢) "هو" ساقط من (ج).

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

والثالث: أن حقوق العقد ترجع إلى العاقد عندنا إذا كان من أهل الحقوق.

وفي الباب فصول ثلاثة: العبد، والمدبر، والحر.

بدأ بفصل العبد، فقال رحمه الله:

رجل استأجر عبدا مشاهرة، كل شهر [ببدل][(١)] معلوم ليشتري له ويبيع العبد[(٢)] ما بدا له، جاز؛ لأن العبد أجير، وحد في هذا العقد، حتى لو سلم العبد، ولم يعمل استحق الأجر، فكان المعقود عليه منافع العبد، فإذا بين المدة استجمعت الإجارة بشرائطها فصحت، كما لو استأجره شهرا ليخيط له، أو ليخدمه، ويصير العبد مأذونا في التجارة؛ لأنه لما أجره للتجارة، فقد رضي بتجارته، وتعلق الدين برقبته، والإذن في التجارة لا يقبل التخصيص، فيصير مأذونا في التجارات كلها.

فإن قبض المستأجر العبد، وأمره بالبيع والشراء، فباع واشترى، ولحقه ديون، رجع العبد بذلك على المستأجر، ويطالبه به، ذكر محمد قبض المستأجر العبد؛ لأن الإجارة عقد يحتمل الانتقاض، فلا يجوز التصرف فيها قبل القبض، كما في بيع المنقول، وإنما يرجع العبد على المستأجر بالديون لما ذكرنا أنه وكيله، فيرجع كما يرجع الوكيل، بخلاف العبد المأذون إذا لحقه دين فإنه لا يرجع على المولى؛ لأن المأذون يتصرف لنفسه، وإنما الإذن لفكّ الحجر، ويثبت له الملك في أكساب العبد بحكم ملك الرقبة، وإذا كان متصرفا لنفسه لا يرجع على مولاه.

أما العبد هنا يعمل للمستأجر بحكم الأمر بمنزلة الوكيل، وللغرماء أن يطالبوا العبد

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

(٢) زاد في الأصل هنا: "العبد" وسقوطه أولى.

بديونهم، وليس لهم مطالبة المستأجر، لأن العقد ما جرى بينهم وبين المستأجر، إنما جرى بينهم وبين العبد، والعبد المأذون في حقوق العقد بمنزلة الحر.

فإن كان المستأجر مفلسا لا يجد شيئا، وقد هلكت الأموال في يد العبد، فإنه يباع العبد بديونهم؛ لأن المولى لما أجره للتجارة فقد رضي بتعلق الدين برقبته، وأسقط حق نفسه عن المالية، فإن فداه المولى، لا يباع؛ لأن حق الغرماء في استيفاء الدين، وقد حصل، ثم يرجع المولى على المستأجر بما فدى؛ لأنه فداه لتخليص ملكه، فكان مضطراً، لا متبرعا، كمعير الرهن إذا قضى دين الراهن، والوارث إذا قضى دين الميت من ماله لتخليص التركة، فإنه[1] لا يكون متبرعا حتى يرجع في التركة، كذلك هنا، ويرجع المولى بما فدى، لا يرجع[2] بالأقل من قيمته ومما فدى.

فرق بينه وبين العبد المغصوب إذا جنى جناية، ثم رد على مولاه، يخاطب مولاه بالدفع أو الفداء، [فإن اختار الدفع أو الفداء][3] يرجع بالأقل من قيمته ومما فدى.

والفرق أن في مسئلتنا المولى صار مضطرا بسبب عقد باشره للمستأجر بأمره، فكان المولى مأذونا في قضاء الدين من قبل المستأجر، والمأمور بقضاء الدين يرجع بما قضى.

أما في مسئلة الغصب: لم يصر المولى مضطراً في قضاء[4] الدين بعمل باشره للغاصب، بل المولى أصل في موجب الجناية، وهو الدفع أو الفداء؛ لأن الخطاب [به][5].

---

(١) "فإنه" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "يرجع" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

(٤) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): "المولى غير مضطر في قضاء".

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

يتوجه على المالك؛ وإنما يرجع المولى[1] على الغاصب؛ لأنه لم يرده كما قبض، فيرجع بالأقل؛ لأنه متيقن، ولا يرجع بالزيادة، والذي يلي قبض ذلك من المستأجر هو المولى؛ لأنه هو الذي أدانه، فكان حق الأخذ له، كمعير الرهن إذا قضى دين الراهن، وإن أبى المولى أن يفدي، فبيع بألف، والدين عشرة آلاف، قسم الألف بين الغرماء بالحصة؛ لأن الثمن بدل مالية تعلق بها حق الغرماء، فيكون بينهم بالحصة، ولا سبيل للغرماء على العبد بما بقي حتى يعتق لوجهين:

أحدهما: أنهم استوفوا بدل المالية مرة، فانقطع حقهم عن الرقبة، والثاني: أن المشتري إنما التزم الثمن لسلامة العبد والأكساب، فلو بقي حق الغرماء في الرقبة لا يجوز البيع، ولا يسلم الثمن المقبوض للغرماء إلا بانقطاع حقهم عن الرقبة، فزال حقهم عن الرقبة، وبقي في الذمة، وبقاء الدين في الذمة لا يمنع جواز البيع، كالعبد المحجور إذا أقر على نفسه بدين.

فإن أعتق العبد يتبع بما بقي؛ لأن المانع من الاتباع قد زال، وهو حق المشتري، وقد تقوت ذمته بالإعتاق، فيتبع بما بقي، ويرجع المولى على المستأجر بالثمن؛ لأنه قضى بثمن عبده دينا على المستأجر عن اضطرار، فيرجع عليه، كالرهن المستعار إذا هلك عند المرتهن يرجع صاحب الرهن بقيمته على المستعير، كذلك هنا.

وينصب القاضي للغرماء وكيلا يقبض ما بقي من دينهم على المستأجر؛ لأن للغرماء دينا على العبد، وله على المستأجر، وقد عجز العبد عن الاستيفاء؛ لأنه صار محجورا حكما، لخروجه عن ملك المولى، وهذا عجز حكميّ يعمل في إبطال حقوق العقود الماضية، كما يعمل في المستقبل، بخلاف ما إذا حجره قصدا، فإن ذلك يعمل في

(١) "المولى" ساقط من (ج) و (د).

المستقبل، لا في إبطال حقوق العقود التي باشرها في حالة الإذن، لأن ذاك حق مستحق عليه، فلا يملك المولى إبطاله قصدا، كما لايملك المؤكل نهي الوكيل عن إيفاء الحقوق.

فإذا عجز العبد عن إيفاء الحقوق واستيفائها، ومولاه لا يملك المطالبة والاستيفاء، لأنه أجنبي عن كسب عبده المستغرق عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه إن كان يملك الكسب لا يملك التصرف فيه مادام مشغولا بالدين، ولا سبيل للغرماء على المستأجر؛ لأنه لا دين لهم على المستأجر، إنما دينهم على العبد، فإذا عجز صاحب الحق عن استيفاء حقه بنفسه، والقاضي نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر بنفسه، ينصب القاضي وكيلا.

كرجل جنّ عليه، وعليه دين، وله دين على آخر، فإن القاضي ينصب عنه وكيلا يقبض ديونه، ويقضي [عنه][1]، وكما لو مات الوكيل، وعليه دين، وله على المؤكل دين، فإن القاضي ينصب خصما يستوفي دينه، ويقضي دين الغرماء، كذلك هنا.

هكذا ذكرهنا، وذكر في "المأذون" في العبد إذا مات، وعليه دين، وله ديون على الناس: أن المولى يقوم مقام العبد في المطالبة وإثبات الديون، فإذا آل الأمر إلى الاستيفاء يكون الاستيفاء إلى الغرماء.

قالوا: ليس في المسئلة اختلاف الروايتين، لكن ما ذكر هنا محمول على ما إذا أبى المولى أن يطالب، ويحتمل أن يختلف الجواب لاختلاف الموضوع، وضع المسئلة ثمة فيما إذا مات العبد، وذكر في" الوكالة": إذا مات العبد، وعليه ديون، فإن المطالبة والاستيفاء يكون إلى الغرماء.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

وجه تلك الرواية: أن المقصود من المطالبة الاستيفاء، [وأنه حق][1] الغرماء لأنه ملكهم[2]، فكانت المطالبة لهم، وجه رواية المأذون: أن المولى مع العبد فيما كان للعبد، ولم يصر مشغولا بحق الغير بمنزلة الوارث مع المورث فيما كان يورث، فيقوم المولى مقامه.

وإنما جعلنا الاستيفاء إلى الغرماء؛ لأن الاستيفاء يلاقي المستوفى، وذلك حقهم، وهو لا يؤتمن في حقهم، فجعلنا الاستيفاء إلى الغرماء، والمطالبة إلى المولى، كالحر إذا مات، وله ديون، وعليه ديون، وترك وارثا أو وصيا، كانت المطالبة للوصي والوارث، والاستيفاء للغرماء، كذلك هنا.

ثم وكيل الغرماء يرجع على المستأجر بتسعة آلاف درهم، ومولى العبد يرجع بألف درهم ثمن العبد، وأيهما قبض شيئا لا يشاركه الآخر فيما قبض؛ لأن دينهما مختلف لاختلاف السبب؛، فإن سبب وجوب دين المولى قضاء دين المستأجر بسبب عبده، وسبب دين العبد عقد باشره العبد للمستأجر، فلا يشارك أحدهما صاحبه فيما قبض.

فإن لم يقبض المستأجر شيئا حتى مات، وترك خمسة آلاف درهم، يقسم ذلك بين مولى العبد ووكيل الغرماء على عشرة أسهم؛ لأن ما في ذمة المستأجر تحول بموته إلى تركته، وحق الغرماء كان في تسعة آلاف، وحق المولى في ألف، فيجعل كل ألف سهما، فيصير عشرة، فيقسم التركة بينهما على عشرة أسهم.

وإن لم يبع المأذون في الدين حتى وهب له عبد يساوي ألفا، يباع العبدان جميعا بالدين، أما المأذون فلما ذكرنا، وأما الموهوب فلأنه كسبه، فيباع في دينه سواء اكتسبه

---

(١) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د)، وفي الأصل: "إلى الغرماء".

(٢) "لأنه ملكهم" ساقط من (ج) و (د).

بالتجارة أو بغير التجارة، وسواء وهب له قبل لحوق الدين أو بعده.

فرق بين هذا وبين العبد المحجور، إذااستهلك مال انسان، ووهب له هبة، إن كانت الهبة قبل لحوق دين الاستهلاك يباع المحجور، ولا تباع الهبة معه بدين الاستهلاك، وإن كانت الهبة بعد لحوق دين الاستهلاك يباع العبدان جميعا، وعلى قول زفر في المأذون أيضا يباع الهبة بعد لحوق[1] الدين لا قبله، فهو سوّى بينهما، وأصحابنا فرقوا.

ووجه الفرق: أن العبد[2] المحجور ليس له يد على أكسابه، فما وقع في يده صورة يقع في يد مولاه معنى، فإذا كانت الهبة قبل الدين وقع في يد مولاه فارغا عن الدين، والتحق بسائر أمواله، فلا يتعلق به حق الغرماء، أما إذا كانت الهبة بعد الدين كما وقعت في يد العبد تعلق به حق الغرماء، فيباع بدينه، أما المأذون: له يد معتبرة على أكسابه، فلا يقع في يد المولى إلا بالدفع، لا جرم [أنه][3] لو أخذه مولاه ثم لحقه دين، لا يباع ذلك في دينه.

فإن لم يقبض المولى شيئا حتى بيع العبدان بألفي درهم ودفع إلى الغرماء، فإن المولى يرجع على المستأجر بثمن المأذون، وهو ألف درهم، لما ذكرنا، ولا يرجع بثمن الموهوب؛ لأن ثمن الموهوب بدل كسب المأذون، وأكساب المأذون لا يملكها المولى، ولا يد للمولى[4] عليها مالم يفرغ عن دينه، بخلاف ثمن المأذون؛ لأن ذلك ملك المولى، وللغرماء حق الاستيفاء منه.

---

(١) "لحوق": ساقط من (ج) و (د).

(٢) "العبد" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د): "ولا يد له".

فإذا صرف إلى الغرماء كان المولى قاضيا دين الغرماء[1] من ماله، فيرجع بذلك على المستأجر، فينصب القاضي للغرماء وكيلا، فيرجع على المستأجر بتسعة آلاف [درهم][2]؛ لأن الوكيل قائم مقام العبد المأذون، وقد بقي على المستأجر دين العبد تسعة آلاف [درهم][3]، فيأخذها الوكيل، وكل ما يقبض شيئا يدفع إلى الغرماء حتى يصل إليهم تمام حقهم، وتكون الألف الباقية للمولى؛ لأنه كسب عبده، وقد فرغ عن الدين، فيكون للمولى.

وإن مات المستأجر قبل أن يقضي شيئا، وترك خمسة آلاف درهم، كان ذلك بين المولى والغرماء على عشرة أسهم، سهم للمولى، وتسعة أسهم للغرماء؛ لأن حق المولى كان في ألف، وحق الغرماء في تسعة آلاف، ثمانية آلاف بقية دينهم، والألف الأخرى كسب العبد؛ فيصير مشغولاً[4] بحق الغرماء مالم يصل إليهم حقهم.

فإن لم يقبض الغرماء شيئا من دينهم حتى ابرأوا العبد عن ديونهم، أو وهبوه للعبد، وقد بيع العبد المأذون، أو لم يبع، ومات المستأجر، أو لم يمت، لم يبرأ المستأجر عما عليه، ويصير ما عليه ملكا لمولى العبد، يقبضه العبد إن كان لم يبع، وإن بيع يقبضه المولى؛ لأن العبد كان وكيلا للمستأجر في الشراء، وعقد الوكيل بالشراء يوجب دينين، [دينا][5] للبائع على الوكيل، ودينا للوكيل على المؤكل؛ لأن الوكيل مع الموكل بمنزلة

---

(١) في (ج) و (د): "قاضيا دينهم".

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د) : "لأنه مشغول".

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

البائع مع المشتري، ولهذا كان للوكيل أن يقبض الثمن من الموكل، ويطالبه به.

فإن كان لم ينقده البائع، فسقوط دين البائع عن الوكيل لا يوجب سقوط دين الوكيل عن الموكل، وإذا بقي الدين على المستأجر، فهو كسب العبد، وقد فرغ عن دينه، فيكون لمولاه.

ولو كان المستأجر أمر العبد أن يشتري له البز خاصة، فاشترى البز، وباع، وربح، واشترى الخز، وباع، وربح فيه، فما ربح في البز فهو للمستأجر، والوضيعة في ذلك على المساجر[1]، وما ربح في الخز فهو للمولى، وما كان فيه من وضيعة، فهو في عنق العبد؛ لأن العبد وكيل في حق المستأجر، فيراعى بينهما أحكام الوكالة[2]، والوكالة[3] تقبل التخصيص، فيقتصر الوكالة على البز، وهو مأذون في حق مولاه، والمأذون إذا ربح في تجارته كان الربح لمولاه، والوضيعة في عنقه، يباع فيه، ولا يرجع بذلك[4] على مولاه.

[المولى إذا أمر عبده بشراء جارية بعينها، أو بشراء شئ آخر بعينه، فاشترى، ولحقه دين، يؤخذ العبد بذلك، ويرجع على مولاه قبل أن يؤدي، ويباع فيه، فإن فضل شئ من الدين يؤخذ به المولى]؛ لأن العبد لا يصير مأذونا بمثل هذا الأمر، ويكون وكيلا عن المولى، فكان حكمه ما قلنا.

الفصل الثاني:

(١) العبارة في (ج) و (د): "والضيعة عليه أيضاً".

(٢) في (ج) و (د): "أحكام الولاية"، وما ثبت أصح.

(٣) في (ج) و (د): "وإنها تقبل".

(٤) "بذلك" ساقط من (ج) و (د).

رجل أذن لمدبره في التجارة، فأمر المدبرَ رجل أن يشتري له جارية بخمسة آلاف درهم، أولا نقول: المأذون إذا توكل عن غيره بالشراء بثمن نقد، يجوز استحسانا، والقياس أن لا يجوز، قنّا كان المأذون أو مدبرا؛ لأن الشراء يوجب الثمن في ذمة العاقد، وإن كان له حق الرجوعِ على الآمر فصار بمنزلة الكفالة بأمره، والمأذون لا يملك الكفالة، ولهذا لا يملك التوكيل بالشراء نسيئة، فكذلك بالنقد.

وجه الاستحسان: أن هذا من صنيع التجار، فإنهم يبيعوون، ويشترون لغيرهم، كما يشترون لأنفسهم، والشراء بالنقد ليس بتبرع من كل وجه؛ لأنه كما يوجب الثمن في ذمته يثبت له اليد على المبيع، حتى كان له حبس المبيع من الموكل لاستيفاء الثمن، بخلاف الشراء بثمن مؤجل، فإنه لا يثبت له يدا على المبيع، بل كما يقبض يلزمه التسليم إلى الموكل، وبخلاف الكفالة أيضا.

ثم إذا جاز التوكيل استحسانا، فإن اشترى جارية للآمر كما أمره، ورفعها إليه فأعتقها، أو دبرها، أو هلكت عند الآمر أو الوكيل، هلكت من مال الآمر؛ لأن يد الوكيل يد الموكل ما لم يحدث حبسا عن الموكل، وللبائع أن يأخذ المدبر بثمنها، ويستسعيه في ذلك، ولا سبيل له على الآمر؛ لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد.

ولو كان العاقد محلا للبيع يباع فيه، فإذا تعذر البيع يقضى دينه من كسبه، ويرجع المدبر على الآمر بالثمن؛ لما قلنا أن شراء الوكيل يوجب دينين، وله أن يطالب الموكل قبل الأداء وبعده، بخلاف الكفيل، فإنه لا يرجع على الأصيل قبل الأداء؛ لأن في الكفالة[1] أصل الدين واجب على الأصيل، والمطالبة متوجهة عليه، وما يجب للكفيل على الأصيل مؤجل إلى وقت الأداء؛ كيلا يجتمع دينان على واحد بسبب واحد.

---

(١) "في الكفالة": ساقط من (ج) و (د).

أما في الوكالة ليس للبائع دين على الموكل[١]، بل عقد الوكيل يوجب دينين حالين: أحدهما للبائع على الوكيل، والثاني للوكيل على الموكل، لا يتعلق أحدهما بالآخر، فإن لم يكن عند الآمر ولا عند المدبر شيء، فجاء عبد، وقطع يد المدبر، ودفع به، أو وهب للمدبر عبد، يباع العبد المدفوع، والموهوب لدين المدبر، إلا أن يفديهما المولى، فإن فداهما كان جميع ما فدى على الآمر، والذي يرجع بذلك هو المولى دون المدبر؛ لأنه قضى بماله دين الآمر عن اضطرار، فكان كالمأمور من قبله.

وإن أبى أن يفدي، يباع العبد المدفوع والموهوب، أما الموهوب؛ فلأنه كسب المدبر، ودين المدبر يقضى من كسبه؛ لأنه لو كان المدبر محلا للبيع يباع بالدين، فإذا تعذر بيعه يقضى دينه من كسبه، وأما العبد[٢] المدفوع كان ينبغي أن لا يباع بدين المدبر؛ لأنه بدل عن اليد، والمدبر وأجزاؤه لا يباع بالدين، فكذا ما قام مقام الحر[٣]، لكنا نقول: بأن الدين تعلق برقبته، فيتعلق بجميع أجزائه، وإنما لا يباع المدبر؛ لأنه لا يقبل البيع، وبدل أجزائه قابل فيباع فيه؛ ألا ترى أن دين الحر لا يقضى من نفسه، ويقضى من ديته.

وإذا بيع الموهوب والمدفوع صرف ثمنهما إلي البائع[٤]، ويرجع المولى على الآمر بثمن المدفوع، ولا يرجع بثمن الموهوب لأن المدفوع كان ملكا للمولى، لأنه بدل جزء المدبر[٥]، بل المدبر بجميع أجزائه كان للمولى لا من جهة المدبر، إلا أنه تعلق به حق

(١) جاء في (ج) و (د): "لا دين للبائع على الموكل".

(٢) "العبد" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "ما قام مقامه".

(٤) في (ج) و (د): "صرف الثمن إلى الغرماء".

(٥) "لأن المدفوع كان ملكاً للمولى لأنه بدل جزء المدبر" ساقط من (ج) و (د).

الغرماء، وحق الغرماء ينقطع بقضاء الدين منه مرة، فلا يتعلق بما يجب على الآمر بدلا عن ذلك الثمن، كما قلنا في ثمن [القن][1] المأذون.

أما الموهوب فملكه المولى من جهة المدبر، فكان من أكسابه، فما يجب بدلا عن ثمنه في ذمة المستأجر يكون من أكسابه، فلا يسلم لمولاه ما لم يفرغ عن الدين، فلهذا يرجع المدبر بذلك على الآمر، دون المولى، ويرجع المدبر أيضا على الآمر بما بقي من دين البائع؛ لأنه عاقد، فترجع الحقوق إليه ما بقي مأذونا، وقد بقي، بخلاف العبد المأذون إذا بيع؛ لأنه تحجّر بالبيع، فلا يبقى له ولاية الاستيفاء، فينصب القاضي وصيا، أما هنا بخلافه، فيرجع بأربعة آلاف، ويصرف ثلاثة آلاف إلى البائع، والألف الباقية للمولى؛ لأنه كسب المدبر، وقد فرغ عن الدين، فيكون لمولاه.

فإن لم يقض الآمر شيئا حتى مات، وترك ألفي درهم، كان ذلك بين البائع ومولى المدبر على خمسة أسهم؛ لأن حق البائع كان في خمسة آلاف، وقد وصل إليه من ثمن العبدين ألفا درهم، بقي حقه في ثلاثة آلاف، وحق المدبر في ألف درهم - ثمن الموهوب - ولم يفرغ من دينه، وحق المولى في ألف - ثمن المدفوع - فلهذا يقسم الباقي على خمسة، سهم للمولى، وأربعة للمدبر، يأخذها ويصرف إلى البائع ثلاثة آلاف[2]، ويسلم الآخر لمولاه، ولو لم يكن ذلك لكن قتل المدبر خطأ، تصرف قيمته إلى غريمه وهو[3] البائع؛ لأن دينه كان متعلقا برقبته، فإذا مات، وأخلف بدلا، يقضى منه دينه، كالحر المديون إذا قتل خطأ يقضى دينه من ديته، ثم يرجع مولى المدبر على الآمر بقيمته؛ لما قلنا.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "ثلاثة أسهم" مكان "ثلاثة آلاف".

(٣) "غريمه وهو" ساقط من (ج) و (د).

الفصل الثالث:

حر استأجره إنسان مدة معلومة ليبيع له، ويشتري ما بدا له، فباع واشترى، ولحقه ديون، ثم قتل خطأ، وترك ألف درهم، يقضى دينه من [تركته ومن ديته][1]؛ لأنها تركة الميت، والدين مقدم على الميراث.

ثم ينظر إن قضيت الديون، ولم يبق منها شيء، يرجع وارث الحر[2] بما وجب لمورثه على المستأجر؛ لأنه تركة الميت، وقد خلا عن الدين، وإن بقي شيء من ديونهم لا يرجع على المستأجر، لأن ما في ذمته تركة الميت، فلا يسلم للوارث ما لم يفرغ عن الدين، ولكن القاضي ينصب وكيلا حتى يرجع على المستأجر بما في ذمته، ويقضى دين الغرماء، فإن فضل شيء يصرفه إلى الوارث؛ لأنه تركة الميت، وقد فضل[3] عن الدين، فإن لم يقض المستأجر شيئا حتى مات، وترك مالا يفي بالديون، يصرف ذلك إلى الغرماء، فإن قال وارث الحر: أنا أضرب مع الغرماء بدية الحر، وبالألف المتروكة في مال المستأجر، لا يلتفت إليه.

فرق بين هذا وبين قيمة المدبر وثمن العبد المدفوع، فإن مولى المدبر يضرب في ذلك مع الغرماء في تركة المستأجر.

والفرق: أن قيمة المدبر وثمن المدفوع لا يملكه المولى من جهة المدبر، وليس من أكساب المدبر، بل كان للمولى؛ لأنه بدل ملكه، وما في ذمة المستأجر بدل عنه، فكان المولى أسوة الغرماء في ذلك، أما ما وجب للحر المأمور في ذمة المستأجر كسب الحر

---

(١) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د)، وفي الأصل: "من ديته ومن آلاف المتركة".

(٢) "الحر" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في الأصل: "وقد فرغ"، والمثبت من (ج) و (د).

وتركته، فلا يسلم للوارث ما لم يفرغ عن الدين.

ثم استدل في الكتاب لبيان الفرق بينهما فقال:

مدبر مأذون عليه دين، قطع عبد يده، ودفع به، فأعتق المولى المدبر، لا يضمن للغرماء شيئا؛ لأنه بالاعتاق لم يتلف على الغرماء حقا؛ لأن حق الغرماء كان في استيفاء الدين من كسبه لا في بيعه، وبالاعتاق تأكد حقهم في اكتسابه، فلو اكتسب أكسابا بعد الحرية، وأدّى الدين من ذلك الكسب، لم يكن له أن يرجع بذلك في العبد المدفوع، ويسلم العبد المدفوع لمولى المدبر.

ولو كان وهب للمدبر جارية قبل الحرية، واكتسب بعد الحرية أكسابا، فلم تصل يد المدبر إلى الجارية الموهوبة، أو لم يشترها أحد، فأدّى الدين من كسب الحرية، كان للمدبر أن يرجع في الجارية الموهوبة، فإن فدى المولى وإلا بيعت الجارية الموهوبة[1] للمدبر؛ لأن المدبر أدّى الدين من كسب الحرية عن اضطرار، وما اكتسبه قبل الحرية لا يسلم للمولى إلا بشرط الفراغ عن الدين، ولم يفرغ، أما العبد المدفوع باليد لا يملكه المولى من جهة المدبر؛ لتعلق سلامته للمولى بشرط الفراغ عن الدين، لكن المولى يتحمل عن المدبر بيع المدفوع، و فإنه[2] يتحمل إذا لم يقض دينه من مال آخر، أما إذا قضى الدين من مال آخر، لا يلزمه التحمل.

قال: ألا ترى أنه لو كان مكان الجارية الموهوبة ألفَ درهم، وهبت له قبل العتق، فطولب المدبر بقضاء الدين، ولم تصل يده إلى الألف الموهوبة، فأدّى الدين من مال اكتسبه بعد الحرية، أو من ألف استقرضها، أما كان للمدبر أن يرجع بذلك في تلك الألف

---

(١) "الجارية الموهوبة" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "وإنما يتحمل".

الموهوبة كان له ذلك.

قال: وألا ترى أن المولى إذا أعتق المأذون المديون يضمن قيمته للغرماء؛ لأنه أبطل حق البيع عليهم، والغرماء بالخيار، إن شاؤا أخذوه، وإن شاؤا أخذوا المديون، فإن اختاروا اتباع المديون، فأدّى الدين من كسب الحرية، وأراد أن يرجع بذلك على مولاه لم يكن له ذلك؛ لأن المولى كان يتحمل عنه بقضاء الدين، فإذا أدّى الدين من مال آخر لا يرجع على المولى، فلو أن الغرماء أبرؤا العبد بعد الحرية يسلم المدفوع والموهوب للمولى؛ لأنه كسب عبده، وقد فرغ عن الدين. ثم ذكر مسئلة الكفالة:

إذا كفل العبد بإذن مولاه بعشرة آلاف، وقيمته ألف جاز، فإن قضاه المولى لا يكون متبرعا، وذكر أيضا مسئلة العارية: إذا أدّى صاحب الرهن دين المستعير لا يكون متبرعا، وقد مرت في أثناء المسائل.

ـ والله أعلم ـ

باب الرجل يأذن لعبده في التجارة في مرض موته ويقرّ بالدين

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن تصرف المأذون إذا لم يكن عليه دين يكون[1] كتصرف المولى بنفسه، وإن كان عليه دين لا يكون تصرفه كتصرف المولى؛ لأن العبد يتصرف بأهلية نفسه، وينعقد العقد بعبارته، إلا أن تصرفه لا ينفذ إلا بإذن المولى وتسليطه، فكان مترددا بين الأصالة والنيابة، فتترجح جهة النيابة بحكم الملك والولاية، فما دام المولى يملك التصرف في رقبته وأكسابه يجعل تصرفه كتصرف المولى، فإذا لحقه دين تنقطع يد المولى عن أكسابه، ويحجر عن بعض التصرفات في رقبته، فلا يجعل تصرفه كتصرف المولى.

ولهذا لو أقر المأذون له في مرض مولاه بدين، أو عيّن الوارث مولاه لا يصح، كما لو أقر المولى، وكذا لو مرض المولى وعليه دين الصحة، ثم أقر العبد على نفسه بغصب، أو بيع، أو وديعة قائمة، أو مستهلكة، لا يصح اقراره، كما لو أقر المولى المريض بذلك، وعليه دين الصحة.

والثاني: أن دين العبد مع دين المولى إذا اجتمعا، إن وجب دين العبد بسبب لا تهمة فيه، كالاستهلاك ونحوه يقدم دينه، سواء تقدم وجوبه على دين المولى أو تأخر عنه، اتفق حال وجوبهما أو اختلف؛ لأن دين العبد أقوى، وتعلق دينه بماليته أولى من تعلق دين المولى بماليته.

---

(١) "يكون" ساقط من (ج) و (د).

فإن وجب دين العبد بسبب هو متّهم فيه كالإقرار، ينظر: إن أنفق[1] حال وجوبهما، وتعلقهما بماليته، بأن كانا في مرض المولى، وكان إقرار المولى مقدما، تَحاص الغريمان في المالية؛ لأن دين المولى تعلق بماليته كما وجب، فإذا أقر العبد بعده لا يبطل ذلك تعلق حق المولى، وتعلق حق المولى لا يدفع ثبوت دين العبد؛ لأن دين المولى وإن كان أسبق تعلقا، فدين العبد في نفسه أقوى من دني المولى لما عرف، وحالة المرض كحالة واحدة، فثبتا جميعا، وجعلا كإقرار المولى.

وإن تقدم إقرار العبد على إقرار المولى يبقى دين العبد مقدما، وإن اختلف حال الوجوب بأن كان دين المولى في صحته، ودين العبد ثبت بإقراره في مرض المولى، يقدم دين المولى على دين العبد؛ لأن سبب دين المولى وجد في حالة قوية، وهي حالة الصحة؛ لأنها حال نفاذ كل التصرفات، وسبب دين العبد وجد في حالة ضعيفة، وهي حال مرض المولى، لأن العبد يعجز بمرض مولاه عن بعض التصرفات حتى لا يملك الإقرار لوارث المولى ونحو ذلك، فيقدم دين المولى لقوة سببه، كما يقدم دين الصحة على دين المرض.

وفي الباب فصول أربعة:

الأول: قال محمد رحمه الله:

مريض لحقه في حال صحته دين يحيط بماله، و له عبد، فأذن لعبده في التجارة، فأقر العبد لأجنبي بدين[2] ألف درهم، ثم مات المولى، فإن العبد يباع، ويصرف ثمنه إلى غريم المولى؛ لما ذكرنا أن إقرار العبد الذي لا يدرى عليه دين قبل الاقرار كإقرار المولى.

---

(١) في (ج) و (د): "إن كان أنفق".

(٢) "بدين" ساقط من (ج) و (د).

ولو كان على المولى دين الصحة، فأقر في مرضه بدين، فإنه يصرف المال إلى دين الصحة؛ لما عرف كذلك هنا، ولأن دين المولى لما مرض تعلق بماله، ودين العبد يتعلق بعد ذلك، فيبدأ بأسبقهما.

ولو كان المولى أذن في الصحة ثم مرض، وعليه دين، فأقر العبد في مرض المولى بدين ألف درهم على نفسه، ثما مات المولى، يصرف المال إلى دين المولى أيضا؛ لأن المعنى يجمعها.

ولو أذن لعبده في الصحة، فأقر العبد على نفسه بدين، ثم مرض المولى، فأقر العبد على نفسه بدين آخر، ثم مات المولى، فإنه يباع، ويصرف ثمنه إلى الدينين جميعا.

فرق بين هذا وبين ما تقدم، أما على الأصل الأول؛ فلأن تصرف المأذون إذا كان عليه دين لا يكون كتصرف المولى، وقد أقر العبد بهما في صحته، [فيصرف][1] المال[2] إليهما، وأما على الأصل الثاني؛ فلأن إقراري العبد جمعتهما حالة واحدة، وهي حالة الإطلاق، لأن حق الغريم الأول وإن تعلق بمالية العبد [لكن][3] لم يحجر العبد عن التصرف، وبمرض المولى لم يتعلق بماليته شيء لم يكن، ولم يحجر العبد عن التصرف أيضا، فإنما أقر للثاني في حالة الاطلاق، فلا يقدم الأول، بخلاف ما تقدم، لأنه كما مرض المولى تعلق بمالية العبد شيء لم يكن، وهو دين المولى في الصحة، وصار العبد محجورا عن الإقرار؛ لأن إقراره يبطل حق غريم المولى، فلم تجمعهما حالة واحدة، فيبدأ بالأول، كما لو وجد الإقراران من المولى، أحدهما في الصحة والآخر في المرض.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

(٢) "المال" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

ثم أوضح الفرق بما لو أذن لعبده في التجارة، فأقر العبد على نفسه بدين، ثم مات المولى، فأذن له وارث المولى، صح إذنه، لأنه دين العبد، [ودين العبد][1] لا يمنع الملك للوارث، فإذا ملكه الابن صح إذنه، فإن أقر العبد على نفسه بدين آخر، فإنه يباع، ويصرف ثمنه إلى الدينين، لأن الإقرارين جمعتهما حالة الإذن، فصار كما لو وجدا معا.

ولو أن العبد لم يقر على نفسه بدين في حياة المولى، ثم مات المولى، وعليه ديون تحيط بماله، ثم أذن له الوارث، فأقر على نفسه بدين، فإنه يباع ويصرف ثمنه إلى غريم المولى، لأن المولى لما مات، وعليه دين يحيط بماله، لم يملكه الوارث؛ [لأن دين المولى يمنع الملك للوارث][2]، فلم يصح إذن الوارث، فلم يصح الإقرار الثاني، فيصرف المال إلى غريم المولى.

بين بهذا أن في إقراري العبد بحكم الإذن وإن تخللهما موت المولى تحاص الغريمان، ففي الإقرارين بإذن واحد لأن يتحاصا، ولم يتخللهما إلا مرض المولى، ولم يختلف الملك حقيقة، كان أولى.

الفصل الثاني:

رجل أذن في صحته لعبده في التجارة، فأقر العبد على نفسه بدين ألف درهم، ثم مرض مولاه، وعليه دين الصحة ألف درهم، ثم أقر العبد بدين ألف درهم، وقيمته ألف[3]، ثم مات المولى، وبيع العبد بألف درهم، يدفع ثمنه إلى الغريم الأول، لأن

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

(٣) "ألف" ساقط من (ج) و (د).

إقراره في صحة المولى صح مطلقا، وإن صح كان [غريم][1] العبد أحق من غريم المولى؛ لما عرف أن دين العبد مقدم[2] المولى في القضاء، ولأن دين العبد أسبق تعلقا؛ لأنه كما يجب يجب متعلقا بماليته، ودين المولى ودين الغريم الثاني للعبد يتعلق بماليته في مرض المولى، فيتقدم دين المقر له الأول، كما يقدم دين المرتهن على دين سائر الغرماء.

ثم لا يزاحمه الغريم الثاني للعبد، وإن كان لولا دين المولى لزاحمه؛ لأنه لولا دين العبد في الصحة، لكان دين المولى في الصحة أولى من دين الغريم الثاني للعبد، لما عرف.

فلو أخذ المقر له الثاني حصته لاستحقه عليه غريم المولى، ثم يستحقه المقر له الأول على غريم المولى، فيعود إلى المقر له الأول، فلهذا قطعنا المسافة، وصرفنا المال إلى الغريم الأول للعبد، فإن بيع العبد بألف وخمسمائة، صرف الألف إلى المقر له الأول؛ لما قلنا، والباقي لغريم المولى لأن دينه أسبق تعلقا؛ لأنه تعلق به في أول مرض المولى، وما بعده تأخر عنه.

الفصل الثالث:

لو كانت قيمة العبد ألفي درهم، فأقر العبد في صحة المولى على نفسه بدين ألف درهم، [ثم مرض المولى، فأقر على نفسه بدين ألف درهم][3]، ثم أقر العبد على نفسه بألف درهم، ثم مات المولى، وبيع العبد بألفي درهم، قسم الثمن بين غريمي العبد وغريم المولى أثلاثا، لأن الإقرار الأول من العبد صح مطلقا، وكذا إقرار المولى؛ لأن إقراره إنما لا

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

(٢) "لما عرف أن دين العبد مقدم" ساقط من (ج) و (د)، وفي: "لتقدم دينه على دين المولى

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

يصح بعد إقرار العبد إذا لم يجد محلا فارغا، وقد وجد هنا محلا فارغا[1] وهو الألف الثانية، فصح إقراره، وتعلق بماليته، كما تعلق إقرار العبد، وكذا الإقرار الثاني من العبد؛ لأنه لو لم يصح، أما أن لا يصح لإقرار العبد أو لإقرار المولى، لا وجه للأول، لأن إقرار العبد في صحته لا يمنع إقراره في مرض المولى، ولا وجه للثني: لأن إقرار المولى في مرضه لا يمنع إقرار المولى بعده، فلا يمنع إقرار العبد؛ لما ذكرنا أن إقرار العبد بعد إقرار المولى في مرضه كإقرار المولى.

فإن قيل: ما استحقه الذي أقر له العبد ثانيا يستحق عليه غريم المولى؛ لأنه أسبق تعلقا فيؤدي إلى الدور، كما في المسئلة الأولى من هذا الفصل.

قلنا: ما يأخذه الغريم الثاني لا يستحق عليه غريم المولى؛ لما قلنا أن إقرار الثاني من العبد كإقرار المولى بخلاف المسألة الأولى لأنه ثمة دين غريم[2] المولى دين الصحة، وذلك يمنع إقرار المولى في مرضه، فيمنع ما كان في معناه.

فإن قيل: لو كان الإقرار الثاني من العبد كإقرار المولى وجب أن يستويا مع المولى، ولا يزاحما للذي أقر له العبد أولا، كما لو أقر المولى في مرضه بإقرارين كل واحد بألف.

قلنا: وأما الإقرار الثاني من العبد وإن كان كإقرار المولى، إلا أن هذا الإقرار يظهر في حق الذي أقر له العبد أولا، لأن إقرار العبد في صحة مولاه لا يمنع إقراره في مرض مولاه، فإذا ظهر دين غريم المولى، ودين الذي أقر له العبد ثانيا في حق الأول، يقسم المال بينهم أثلاثا.

---

(١) "محلا فارغاً": ساقط من (ج) و (د).

(٢) من قوله: "الثاني من العبد" إلى قوله: "دين غريم" ساقط من (ج) و (د).

هذا إذا بيع العبد بألفي درهم، فإن بيع بألف وخمسمائة يقسم الثمن بينهم على خمسة أسهم، سهم لغريم المولى، ولكل واحد من غريمي العبد سهمان؛ لأن إقرار المولى لايصح إلا في الفارغ عن دين الذي أقر له العبد أولا، والفارغ عن دينه خمسمائة، فيصح بقدر خمسمائة، والإقرار الأول من العبد صح بألف، وكذا إقراره الثاني؛ لأن إقرار العبد لا يمنع إقراره الآخر، فيجعل كل خمسمائة سهما، فصار سهامهم خمسة، فيقسم المال بينهم على خمسة، فإن بيع العبد بألف صرف إلى غريمي العبد؛ لأن إقرار المولى لم يجد محلا فارغا، فبطل إقرار العبد[1] [بقي إقرار العبد][2]، وإقراره للثاني[3] فكان الثمن بينهما.

فإن قيل: إقرار المولى إن لم يظهر في حق الأول وجب أن يظهر في حق الثاني، حتى لا يستحق الثاني شيئا، كما في المسئلة الأولى من هذا الفصل.

قلنا: في المسئلة الأولى إقرار المولى في الصحة صح في حق الكل، وأفاد حكمه، وهو وجوب الدين في الذمة، فإذا مرض، وجاء أوان التعلق بماله لم يتعلق، لا لعدم وجوب الدين، بل لسبق محل تعلق به دين العبد، بقي على المولى دين الصحة، ودين الصحة على المولى يمنع إقرار العبد في مرض المولى، فلا يصح إقرار العبد، أما في مسئلتنا إقرار المولى في المرض، وحكم الإقرار في المرض التعلق بالمال، فإذا لم يجد مالا فارغا بطل، وصار كأن لم يكن، فلا يمنع إقرار العبد بعده.

الفصل الرابع:

---

(١) "العبد" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

(٣) "وإقراره للثاني" ساقط من (ج) و (د).

رجل أذن لعبده في التجارة في الصحة، ثم مرض، فأقر على نفسه بعشرة آلاف، ثم أقر العبد على نفسه بدين ألف، ولا دين عليهما في الصحة، ثم مات المولى، فبيع العبد، تحاص الغريمان بقدر دينهما، [سواء][1] بيع بألف أو بأكثر، لأن إقرار المولى صح لعدم ما يمنعه، وقد ذكرنا أن إقرار المولى صح لعدم ما يمنعه، وقد ذكرنا[2] أن إقرار المولى في المرض لا يمنع إقرار العبد بعده، ويجعل إقرار العبد كإقرار المولى، فلهذا كان الثمن بينهما بالحصص.

ولو أقر العبد في مرض المولى أولا، ثم أقر المولى، كان غريم العبد أولى؛ لما ذكرنا أن إقرار العبد إذا تقدم، منع إقرار المولى ما لم يفرغ المال عن دين العبد.

وأشار في الكتاب إلى فرق آخر، وهو: أن إقرار العبد، ولا دين عليه قبل الإقرار، بمنزلة إقرار المولى برقبته أنها وديعة لصاحب الدين، فإذا أقر المولى في مرضه أولا، صح الإقرار وتعلق بمالية العبد، لانعدام دين العبد، فإذا أقر العبد بعد ذلك ظهر أن المولى استهلك الوديعة بالإقرار الأول، فكان إقرار العبد كإقرار المولى بوديعة مستهلكة، والإقرار بوديعة مستهلكة إقرار بالدين، فصار كديني المرض، فيستويان.

فأما إذا أقر العبد أولا، فهو بمنزلة إقرار المولى بوديعة قائمة، فإذا أقر المولى بعد ذلك، فقد أقر بالدين بعد الوديعة، فكان الإقرار بالوديعة أولى.

- والله أعلم -

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

(٢) من قوله: "أن إقرار المولى" إلى قوله: "وقد ذكرنا" ساقط من (ج) و (د).

كتاب المكاتَب

باب ما يجوز فيه أمر المكاتب والذمي والعبد على الولد الصغير في ماله

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن ما يملكه الموصي عند موته يملكه الوصي، وما لا فلا؛ لأنه خلافة، وإقامة الغير مقام نفسه.

الثاني: أن كل تصرف لا مجيز له حال وقوعه لا ينعقد؛ لأن فائدة الانعقاد النفاذ، وما لا مجيز له لا يحتمل النفاذ، فلا يفيد انعقاده.

والإجازة إذا لاقت عقدا موقوفا تصح[1]، ولا تبطل إلا أن تجعل الإجازة إنشاء، وإذا صحت الإجازة يستند النفاذ إلى وقت العقد، وإذا جعل إنشاء يقتصر النفاذ على وقت الإجازة، و ولاية الإجازة تستفاد بولاية الإنشاء، فكل من يملك الإنشاء يملك الإجازة، ومن لا فلا.

ومسائل الباب على قسمين: قسم في الإيصاء، وقسم في تصرف من هو ناقص

---

(١) قوله: "الإجازة إذا لاقت عقدا موقوفا تصح" عبّره الإمام قاضي خان في كتاب الوصايا بصيغة مركزة ودقيقة بقوله: "الإجازة إنما تعمل في الموقوف"، وبيّن مفهومه المخالف في قاعدة أخرى: الإجازة لا تَرد على المفسوخ" كتاب البيوع ص ٦١٥، والإمام السرخسي جمع بينهما فقال: "الإجازة تلحق الموقوف لا المفسوخ" «المبسوط» ٢٤/ ٩٤ و ٢٥/ ٧٣، وقال في شرح السير الكبير: "الإجازة إنما تلحق الموقوف لا الباطل" ٥/ ٢٠٤٨. وهذا لأن الإجازة تنفيذ العقد، فيقتضي قيام العقد.

الولاية.

أما القسم[1] الأول: قال محمد رحمه الله:

مكاتب له ولد صغير حر من امرأة حرة ماتت الأم[2]، وورثها الابن دورا، أو[3] عروضا، وكلَّ شيء، فأوصى المكاتب إلى رجل، ثم مات المكاتب وخَلّف عروضا وعقارا فيه وفاء ببدل الكتابة[4]، فإن وصيّه يبيع العروض والعقار لقضاء المكاتَبة إذا لم يترك عينا؛ لأنه قام مقام المكاتب، والمكاتب يبيع جميع ذلك لقضاء المكاتبة، فكذلك وصيه.

وإذا قضيت المكاتبة يحكم بحرية المكاتب[5] في آخر جزء من أجزاء حياته، حتى يرثه الإبن، ويكون وصي المكاتب على ولده الصغير فيما خلف المكاتب بمنزلة وصي الأم فيما خلّفت الأم.

ووصي الأب على الولد الكبير الغائب يملك ما هو من جملة الحفظ نحو بيع العروض وقسمتها، لأن حفظ الثمن عسى يكون أيسر، ولا يملك بيع العقار، ولا قسمته؛ لأن العقار محفوظ بنفسه، لا يرد عليه التوى والتلف، ولا يملك قسمة الدراهم، ولا يشتري عقارا بالدراهم؛ لأن الدراهم والدنانير بمنزلة العقار، لا يذهب بأصلها، ولا يأكلها التراب.

---

(١) "القسم" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "الأم" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "وعروضا".

(٤) سقط من قوله: "المكاتب وخلف عروضا"، والعبارة في (ج) و (د): "ثم مات عن وفاء من العروض والعقار".

(٥) "المكاتب" ساقط من (ج) و (د).

وذكر في "كتاب القسمة" أن وصي المكاتب يقسم جميع التركة، ويأخذ نصيب الصغير، وهو في ذلك بمنزلة وصي الرجل الحر.

قال بعض مشايخنا: ليس في المسألة اختلاف الروايتين، لكن ما ذكر في "كتاب القسمة" أنه[1] محمول على قسمة العروض، وما ذكر في هذا الكتاب أنه لا يقسم محمول على الدور والعقار.

وقال بعضهم: في المسألة روايتان، وهو الصحيح، فإنه قال في "القسمة": وهو بمنزلة وصي الرجل الحر، وجه ما ذكر في "كتاب القسمة": أنه لما أديت كتابته حكم بحريته في حياته حتى يرث الولد منه، فكمل حاله عند الموت، فثبتت الولاية المطلقة لوصيه، كما لو أدى المكاتبة في حياته.

وجه رواية هذا الكتاب: أن إسناد الحرية إلى ما قبل الموت أمر ضروري، فلا يظهر في ثبوت الولاية على أولاده، ولهذا لو قذفه قاذف لا يحدّ قاذفه، ولأن الحرية تثبت في آخر جزء من أجزاء حياته، وت[2]لك زمان لا يسع التصرف، فلا تثبت ولاية التصرف؛ لأن ملك التصرف في زمان لا يسع التصرف محال، بخلاف ما إذا أدى بدل الكتابة في حياته؛ لأنه كمل حاله، وثبتت له ولاية كاملة، فتنتقل إلى وصيه.

ولا يقال: بأن الإيصاء كان قبل الحرية، فلا تثبت الولاية لوصيه، كالمجنون إذا أوصى، ثم أفاق، ثم مات.

لأنا نقول: المعتبر في الإيصاء صحة العبارة وقت الإيصاء، وقيام الولاية عند الموت، وقد وجد ذلك في حق المكاتب دون المجنون، ألا ترى أن النصراني إذا أوصى إلى مسلم، وله ولد مسلم بإسلام الأم، ثم أسلم النصراني، ومات، كان وصيه على ولده،

---

(١) "أنه" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د) "وذلك".

كوصي المسلم، وكذا العبد إذا أوصى، وله ولد حر من امرأة حرة، ثم عتق العبد ومات، كان وصيه على ولده، كوصي الحر.

وكذلك رجل أوصى إلى رجل، ثم أوصى رجل آخر إلى هذا الموصي، ثم مات الموصي الثاني حتى ثبتت الولاية للموصي الأول في تركته، ثم مات الموصي الأول، كان وصيه وصيا في التركتين، لأنه قام مقام الموصي الأول فيما يملكه الموصي الأول عند موته، فكذلك هنا، ولا سبيل لوصي المكاتب[1] للأول فيما ورث الابن من أمه؛ لأنه لا سبيل لمكاتب فيما خلفت الأم، فلايكون لوصيه، وللمكاتب ولاية الحفظ فيما خلف المكاتب تثبت ذلك لوصيه[2].

وللموصي أن يشتري للولد الحر ما لا بد للصغير منه من الطعام والكسوة، ويملك قبول الهبة له إذا كان الولد في حجره؛ لأن ذلك يثبت بحكم اليد حتى يملكه الملتقط، فوصي المكاتب أولى، ولو كان لهذا المكاتب ولد صغير، كوتب معه، أو ولد في كتابته، كان هذا الولد بمنزلة الولد الحر، يجوز عليه من أمر الوصي ما يجوز على ولده الحر؛ لأنهما يعتقان بعتق المكاتب، فكان بمنزلة الولد [الحر][3]

ولا يقال: بأن المكاتب يملك التصرف في كسب ولده المكاتب، فينتقل إلى وصيه.

لأنا نقول: المكاتب لا يملك ذلك بعلة الأبوة، بل رقبة الولد وإن كان ملكا للمولى، حتى يعتق بإعتاقه، فكسبه بمنزلة كسب المكاتب مادام مكاتبا، فإذا حكم بحريته لم يبق ذلك من أكسابه، ألا ترى أن المكاتب لا يملك تزويج ولده المولود في الكتابة، ولو كانت

(١) في (ج) و (د): "للأول".

(٢) في (ج) و (د): "في ذلك، فكذا لوصيه.

(٣) "الحر" زيادة من (ج) و (د).

الولاية تصرف[1] في ماله بعلة الأبوة يملك تزويجه.

وكذا لو أقر بالدين على ولده المولود في الكتابة صح، ولو كان ملك التصرف بعلة الأبوة لا ينفذ إقراره بالدين[2] كما لا ينفذ إقرار الحر على ولده.

وأما القسم الثاني: وهو تصرف من هو ناقص الولاية، وهم ثلاثة: المكاتب، والصبي، والعبد، وكل ذلك على وجهين: إما أن تصرف بنفسه أو وكّل غيره.

الفصل الأول:

قال [محمد رحمه الله][3]: المكاتب إذا زوّج عبده امرأة لا يجوز، لأنه عبد مملوك، وإنما صار مأذونا بحكم الكتابة في الإكتساب، وتزويج العبد ليس بإكتساب، بل هو شغل الرقبة بالمهر والنفقة، فلا يصح، ولا يتوقف؛ لأنه لا مجيز له حال وقوعه، لأن المولى لا يملك التصرف، وإيجاب الدين عليه.

فرق بين هذا وبين مسائل ثلاث: إحداها: المكاتب إذا كفل بمال، ثم أعتق، نفذت كفالته، وإن لم يكن لها مجيز حال وقوعها؛ لأن المولى لا يملك الإجازة، حتى لا تصح إجازته.

والثانية: المكاتب إذا وكل رجلا بأن يعتق عبده، ثم أجاز الوكالة بعد ما عتق بأداء البدل[4]، جاز، وإن لم يكن لها مجيز حال وقوعها.

والثالثة: المكاتب إذا أوصى بعين من أعيان ماله، ثم عتق، فأجاز الوصية، صحت

(١) "تصرف" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "بالدين": ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين من الأصل، وأثبتناه من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د): "بالأداء".

إجازته، وإن لم يكن لهذه الوصية[١] مجيز حال وقوعها.

والفرق أن كفالة المكاتب نافذة في حقه؛ لأنها التزام في الذمة، وذمته مملوكة له[٢]، ولهذا يؤاخذ بها بعد العتق من غير إجازة، وإنما لا يظهر في الحال لمانع، وقد زال بالعتق، أما مسألة[٣] التوكيل والوصية فالإجازة ثمة جعلت إنشاء لما نذكر بعد هذا[٤]، والإنشاء لا يستدعي عقدا قبله.

قال[٥] ولو وكل المكاتب رجلا بأن يزوج عبده، لا يصح، لأن الوكيل في الإنكاح سفير محض، فإذا لم يملك المكاتب[٦] بنفسه تزويج العبد لا[٧] يملك التفويض إلى غيره، فإن فعل الوكيل ذلك قبل عتق المكاتب بطل؛ لأنه لا مجيز له حال وقوعه.

وكذا لو تزوج عبد المكاتب امرأة لايتوقف، وإن فعل الوكيل ذلك بعد ما عتق المكاتب كان كفضولي زوج [عبد][٨] الحر، إن أجاز المولى جاز، وإلا بطل.

ولو قال المكاتب للوكيل بعد ما عتق: "أجزت وكالتك"، فزوّجه الوكيل صح نكاحه[٩]؛ لأن الوكالة تنعقد بلفظة الإجازة، فإنه لو قال: "أجزت أن تطلق امرأتي، أو

---

(١) "لهذه الوصية" ساقط من (ج) و (د)، وفيه: "يكن لها مجير".

(٢) "له" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "مسألة" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "بعد هذا" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "قال" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "المكاتب" ساقط من (ج) و (د).

(٧) "تزويج العبد" ساقط من (ج) و (د).

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

(٩) "نكاحه" ساقط من (ج) و (د).

تعتق عبدي"، أو "أجزت أن تكون وكيلي في ذلك"، كان توكيلا، فكانت إجازته بعد العتق إنشاء للتوكيل.

ولو أعتق المكاتب عبده، أو وهب، أو تصدق، أو وكل بذلك وكيلا، ففعل الوكيل، لا يصح.

ولو أعتق المكاتب، فأجاز ما فعل بنفسه، أو فعل وكيله، لا يصح؛ لأن هذا[1] تصرف لا مجيز له حال وقوعه، فبطل، وإن أعتق الوكيل بعد ما عتق المكاتب، فأجاز ماصنع الوكيل جاز. وكذا لو أجاز وكالته بعد ما عتق صح، ويكون إنشاءً للتوكيل.

ولو زوج المكاتب أمته جاز؛ لأنه من جملة الاكتساب؛ لأنه سبب لوجوب المهر، وكذا لو وكل بذلك وكيلا، ولو تزوج المكاتب بنفسه امرأة، أو وكل وكيلا، فزوجه الوكيل، ثم عتق المكاتب، جاز؛ لما نذكر في العبد.

ولو أوصى المكاتب بشيء بعينه، ثم عتق لم يجز؛ لأنه لا مجيز له حال وقوعه؛ لأنه تبرع محض، فيبطل، وإن أجاز وصيته بعد ما عتق جاز.

فرق بين الوصية بشيء بعينه وبين ما إذا وهب، أو تصدق، ثم أجاز بعد ما عتق، لا يجوز.

والفرق: أن الإجازة في فصل[2] الوصية وصية مستقلة[3]، وليست بإمضاء؛ لأن الإمضاء يعتمد موقوفا، ولم يوجد، والوصية تنعقد بلفظة الإجازة، فإنه لو قال: "أجزت أن يكون [ثلث][4] مالي وصية لفلان" كانت وصية، فإذا تعذر جعل الإجازة إمضاء

(١) وفي (ج) و (د): "لأنه".

(٢) "فصل" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "مبتدأة".

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

جعلت إنشاء، فأما الإعتاق والهبة لا ينعقد بلفظ الإجازة، [حتى][1] لو قال: "أجزت عتق عبدي"، أو "أجزت لفلان من مالي كذا"، لا يعتق، ولا تكون هبة، ولا صدقة الرجل[2]، فكما تعذر جعل الإجازة إمضاء، تعذر جعلها إنشاء.

ولأن الإجازة تستعمل في الإمضاء والإنشاء، فإن أضيفت إلى الموجود، يراد بها الإمضاء، صحيحا كان الموجود أو باطلا، وإن أضيفت إلى غير الموجود، يراد بها الإنشاء، ففي العتق والهبة ونحوهما أضيفت الإجارة[3] إلى الموجود، فحملت على الإمضاء، فلم تعمل؛ لأن الإمضاء يعتمد بقاء العقد، ولم يبق، وفي الوصية أضيفت الإجارة[4] إلى ما ليس بموجود؛ لأنها تنعقد عند الموت، فحملت على الإنشاء.

استشهد [رحمه الله][5]، فقال: ألا ترى أن المكاتب لو قال: "أعتقوا هذا العبد[6] بعد موتي"، أو قال: "أعتق هذا العبد عني غدا"[7]، ثم جاء غد، فأعتق الوكيل العبد لم يجز، وكذا لو مات عن وفاء، فأعتق الوكيل العبد لم يجز، وإن لم يعتقه الوكيل حتى قال للوكيل بعد ما عتق: قد أجزت الذي كنت أمرتك به، فأعتقه الوكيل جاز، وكان توكيلا مبتدأ، فصارت الإجازة للإنشاء في فصلين من التوكيل والوصية.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

(٢) "الرجل" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "الإجارة" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "الإجارة" ساقط من (ج) و (د).

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

(٦) "العبد" ساقط من (ج) و (د).

(٧) في (ج) و (د): "أعتقوا عني هذا العبدا غدا".

ولو كان الوكيل أعتقه قبل عتق المكاتب، [فقال][1] بعد ما عتق: أجزت ذلك الإعتاق كان باطلا؛ لأنها أضيفت إلى إعتاق باطل، ولو قال: جعلت ذلك العتق عتقا صحيحا كان جائزا، لأن الجعل عبارة للإنشاء، فيكون[2] إعتاقا مبتدأ.

ولو أوصى المكاتب بثلث ماله أو رقيقه، فإن مات عن وفاء، كانت الوصية باطلة في قولهم، وإن أدى بدل الكتابة في حياته[3]، ثم مات، فكانت الوصية[4] باطلة عند أبي حنيفة، وعندهما جائزة.

لهما: أن هذه وصية بما يوجد في المستقبل، وللمكاتب في المستقبل نوعا ملك، أحدهما لا يقبل الوصية، وهو ما قبل العتق، والآخر يقبله، وهو ما بعد العتق، فإما أن يصرف إلى ما يقبل الوصية تصحيحا لوصيته، أو يتناول النوعين جميعا[5]، فيصح فيما يقبل، ولا يصح فيما لا يقبل، كالحر إذا قال: "كل عبد أشتريه فهو حر"، فاشترى عبدا لنفسه، واشترى عبدا لغيره، [ثم][6] تنصرف اللفظ[7] إليهما، فتنحلّ اليمين فيما اشتراه لغيره لا إلى جزاء لفقد الملك، وفيما اشتراه لنفسه تنحلّ إلى جزاء لقيام الملك.

ولأبي حنيفة: أن المكاتب له في المستقبل نوعا ملك: أحدهما ظاهر، وهو أهل له في الحال، وهو ما قبل العتق؛ لأن الظاهر بقاء الرق، والآخر غير ظاهر، وهو ليس بأهل

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "فكان".

(٣) "في حياته" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د): "فكذلك".

(٥) "جميعا" ساقط من (ج) و (د).

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

(٧) في (ج) و (د): "اليمين".

له في الحال، وهو ما بعد الحرية، فانصرف اللفظ إلى الظاهر، وقد ذكرنا هذا في "شرح الجامع".

وإذا انصرفت الوصية إلى ما قبل الحرية لا يصح، كما لو قال: "أوصيت لفلان بثلث ما أملك"، بخلاف مسألة الوكيل؛ لأن [ثمة][1] يملك العقدين جميعاً، فيتناولهما.

وهما فرقا بين الوصية بثلث المال، وبين الوصية بعين من أعيان ماله، ثم أدى الكتابة[2] وعتق، فجوّزوا الأولى دون الثانية.

والفرق: أن الوصية بعين من أعيان ماله وصية بالموجود، والملك القائم للحال لا يقبل الوصية، فلا يصح، كما لو أوصى بعين لا يملكه، ثم ملكه[3]، فإنه لا يصح، أما الوصية بالثلث المال[4] وصية بما يملك عند الموت، فإذا أعتق في حياته جازت الوصية لقيام محلها، وهو الملك الكامل.

ولو قال المكاتب: "إذا أعتقت فقد أوصيت بثلث مالي لفلان"، ثم أدى بدل الكتابة، وعتق، ثم مات، وترك مالا جازت الوصية في قولهم؛ لأنه صرح بإضافة الوصية[5] إلى ملك[6] يقبل الوصية.

ولو أنه لم يؤدّ بدل الكتابة في حياته[7]، ولكنه مات عن وفاء، فأديت كتابته،

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

(٢) "الكتابة" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "يمكلها، ثم ملكها".

(٤) "المال" ساقط من (ج) و (د).

(٥) في (ج) و (د): "بالإضافة".

(٦) في (ج) و (د): "وقت".

(٧) في (ج) و (د): "البدل".

وحكم بحريته، لا تصح وصيته؛ لأنه أضاف الوصية إلى ما يملكه بعد العتق مطلقا، ولم تثبت الحرية في حياته مطلقا، وإنما تثبت بطريق الضرورة، فلا يظهر في حق نفاذ الوصية.

الفصل الثاني:

صبي زوج عبده، أو أعتقه على مال، أو بغير مال، أو وهب هبة، أو تصدق بصدقة لا يصح، فإن بلغ وأجاز، فهو باطل؛ لأن هذه تصرفات ضارة ليس لها مجيز[1] حال وقوعها، فلا تتوقف.

وكذا لو وكل بذلك وكيلا ففعل الوكيل قبل بلوغه، فهو باطل، وإن فعل الوكيل[2] بعد بلوغ الصغير[3] كان فضوليا، إن أجاز جاز، وإلا فلا؛ لأن توكيل الصغير[4] كان باطلا، فكان وجوده كعدمه، وإن أجاز الوكالة بعد بلوغه كان توكيلا مبتدأ لما قلنا.

ولو زوج الصبي أمته، أو باع، أو تزوج الصبي[5] امرأة، ثم بلغ، فأجاز، جاز؛ لأن هذا عقد يملكه الولي، فكان له مجيز حال وقوعه[6] فيتوقف، فإذا أجاز بعد البلوغ جاز.

وقال زفر: لا ينفذ بإجازته؛ لأنه توقف على إجازة الولي، فلا ينفذ بإجازة غيره،

(١) في (ج) و (د): "لا مجيز لها".

(٢) "الوكيل" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "بلوغه".

(٤) في (ج) و (د): "توكيله".

(٥) "الصبي" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "حال وقوعه" ساقط من (ج) و (د).

كالعبد المحجور إذا اشترى شيئاً ثم أعتقه المولاة[1]، لا ينفذ ذلك[2] العقد بإجازته.

ولنا: أن حكم هذا العقد، وهو الحل يقع للصبي، فكان العقد واقعا له من كل وجه، وإنما اعتبرت إجازة الولي بطريق النيابة، فإذا كمل رأيه بالبلوغ، وقع الاستغناء عن النائب، فتعتبر إجازة من وقع له العقد، بخلاف شراء العبد؛ لأن حكم عقده، وهو الملك يثبت للمولى، فكان العقد واقعا للمولى، فلم يكن نائبا في الإجازة، فلو نفذت بإجازة العبد كان تنفيذا بإجازة من لا يتوقف على إجازته.

ثم فرق بين الصبي والعبد، فالصبي إذا تزوج ثم بلغ، لا يجوز نكاحه إلا بإجازة، والعبد إذا تزوج بغير إذن مولاه، ثم عتق يجوز نكاحه[3] من غير إجازة.

والفرق: أن العبد له أهلية كاملة، وقوله ملزم؛ لأنه مخاطب، ولهذا لو أقر على نفسه بدين يصح إقراره، [لأنه امتنع النفاذ][4] لحق المولى، فإذا زال نفذ، أما أهلية الصبي قاصرة، فلا بدّ للنفاذ العقد[5] من انضمام رأيٍ كامل إليه، وهو رأي الولي، أو رأيه بعد البلوغ.

ولو أوصى الصبي بثلث ماله لم يجز، كما لو تصدق، وكذا إذا بلغ؛ لما قلنا من نقصان الأهلية، بخلاف المكاتب إذا أوصى بثلث ماله، ثم عتق، فإنه تصح وصيته عندهما، لكمال الأهلية، ولو أجاز الصبي وصيته بعد بلوغه كان إنشاء للوصية[6]،

---

(١) في (ج) و (د): "أعتقه المولى".

(٢) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "نكاحه" ساقط من (ج) و (د).

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل زيادة من (ج) و (د).

(٥) "العقد" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "للوصية" ساقط من (ج) و (د).

كالوكالة سواء[1].

ولو قال الصبي: "إذا بلغت فقد أوصيت بثلث مالي لفلان"، لا يصح، لنقصان الأهلية، وكما لا يصح منه التنجيز لا تصح الإضافة، كما لو أضاف العتق إلى ما بعد بلوغه.

الفصل الثالث:

العبد إذا تزوج امرأة، أو وكل بذلك وكيلا، فزوجه الوكيل، ثم عتق نفذ لما قلنا في حق[2] المكاتب.

ولو وكل العبد المحجور رجلا أن يشتري له عبدا، فاشترى الوكيل[3] بعد ما عتق الموكل مشتريا للموكل[4]؛ لأن العبد أهل للشراء، فكان أهلا للتوكيل به، وإنما التوقف كان لحق المولى، وقد زال، وإن اشترى الوكيل حال رق الموكل[5] كان مشتريا لنفسه؛ لأنه تعذر تنفيذه على الموكل لمكان[6] حق المولى، فينفذ على الوكيل.

فإن اشترى العبد المحجور شيئا لنفسه، ثم أذن له مولاه صح؛ لأنه تصرف صدر من الأهل، وإنما لا ينفذ بدون الإذن كيلا يتعلق الدين بماليته، فإذا أذن له مولاه زال المانع، وإن لم يأذن له المولى[7]، ولكنه أعتقه لا ينفذ، لأن عقد العبد وقع على وجه يكون العقد له،

(١) "سواء" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "حق": ساقط من (ج) و (د).

(٣) "الوكيل" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "الموكل كان مشترياً للموكل" ساقط من (ج) و (د)، وفيها: "بعد ما عتق جاز".

(٥) "الموكل" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "لمكان" ساقط من (ج) و (د).

(٧) "المولى" ساقط من (ج) و (د).

والملك لمولاه، فلو نفذ بنفس العتق، أو بإجازته بعد العتق كان الملك له، فلم يكن تنفيذا لذلك العقد، بل يكون تغييرا.

بخلاف ما لو تزوج العبد امرأة؛ لأن حكم العقد واقع له على كل حال، وبخلاف ما لو وكل رجلا بشراء شيء، فاشترى الوكيل بعد عتق الموكل كان مشتريا للموكل؛ لأن مجرد[1] الوكالة بالشري[2] لا حكم لها في حق المولى، فلم يكن ذلك تغييرا.

ولو أوصى العبد إلى رجل، وله ولد حر[3] من امرأة حرة قد ماتت، وتركت مالا، فورثها الابن، ثم عتق العبد، ومات، صح الإيصاء، لقيام الولاية عند الموت.

وإن كان مولى العبد قال للعبد[4]: "إن لم أضربك فأنت حر"، ولم يضربه حتى مات العبد بعد ما أوصى إلى رجل[5]، لم يصح الإيصاء، وإن عتق قبل موته في آخر حياته؛ لأن ذلك زمان يسير لا يسع فيه التصرف، فلا يصح إيصاؤه.

ـ والله أعلم ـ

---

(١) "مجرد" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "بالشري" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "حر" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د): "وإن كان المولى قال له".

(٥) "إلى رجل" ساقط من (ج) و (د).

باب دعوة المكاتبين الولد وإعتاق المكاتبة المشتركة وتدبير ها واستيلادها وكتابة العبد المشترك

بنى الباب على أصول:

منها: أن الاستواء في سبب الاستحقاق يوجب الاستواء في الاستحقاق.

ومنها: أن حق الملك يلحق بحقيقة الملك في دعوى النسب احتياطا لأمر النسب.

ومنها: أن الإعتاق يتجزأ في قول أبي حنيفة، وكذا التدبير والكتابة، ولا يتجزأ في قولهما، واستيلاد الأمة لا يتجزأ عند الكل، واستيلاد المكاتبة يتجزأ عند أبي حنيفة، وعندهما لا يتجزأ.

ومنها: أن نصيب أحد الشريكين إذا عتق بصنعه يضمن لشريكه[١]، وإن عتق لا بصنعه لا يضمن؛ لأن سبب وجوب الضمان التعدي، فلا يجب بدون صنعه.

ومنها: أن إعتاق ولد المكاتب لا يوجب ضمانا، ولا سعاية؛ لأن عتق الأولاد من مقاصد المكاتب، فلا يصلح سببا للضمان والسعاية.

إذا عرفنا هذه الجملة[٢] قال محمد رحمه الله:

مكاتَبان بينهما جارية جاءت بولد، فادعياه معا، فهو ابنهما؛ لأن للمكاتب حقا في أكسابه، وحق الملك في دعوى النسب بمنزلة الملك، ولهذا صح استيلاد الأب جارية

---

(١) "لشريكه" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "إذا عرفنا هذا قال".

الابن، فإذا ادعياه معا استويا في سبب الاستحقاق، فيستويان [في الاستحقاق][1].

فإن قيل: هذا باطل بدعوى المولى ولد جارية المكاتب، حيث لا يصح، وإن كان له حق في أكساب المكاتب[2].

قلنا: وإنما لا يصح بدون التصديق؛ لأنه حجر نفسه عن التصرف في أكسابه، فلا يعتبر حقه قبل التصديق، وإذا ثبت النسب منهما يصير الولد مكاتبا معهما؛ لأنه ولد في الكتابة، فيكون مكاتبا، ويحرم بيع الأمة.

فإن قيل: لماذا يحرم بيعها، ولم يثبت لها حق الحرية؛ لأن المكاتب لا يملك إلحاق الحرية[3]؟

قلنا: إنما حرم بيعها؛ لأن الولد في الاستيلاد أصل، والأم تبع، وقد حرم بيع الولد، فيحرم بيع الأم.

فإن أدى أحدهما بدل الكتابة عتق لأن عتقه كان معلقاً بالأداء، وقد وجد[4] ويعتق معه نصف الولد؛ لأن نصف الولد كان مكاتبا معه فيعتق، ونصفه كان مكاتبا مع الآخر، فبقي مكاتبا، وهو قول أبي حنيفة بناءً على تجزي الإعتاق عنده، ولا يضمن لشريكه شيئا؛ لأن نصف الولد عتق على المولى حتى كان الولد للمولى، والمولى لو أعتق ولد المكاتب بغير بدل لا يضمن. فكذا إذا أعتقه[5] ببدل، ولا يسعى الولد؛ لأنه لو سعى يسعى لأبيه،

---

(١) ما بين المعكوفتين أثبتناه من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "أكساب المكاتب".

(٣) في (ج) و (د): "لا يملك الإعتاق".

(٤) سقط قوله: لأن عتقه كان معلقاً بالأداء، وقد وجد. وفيه: عتق لوجود الشرط.

(٥) من قوله: "حتى كان الوكاء إلى قوله إذا أعتقه". ساقط من (ج) و (د).

والأب لا يستوجب السعاية على ولده بالإعتاق، وتكون الجارية نصفها أم ولد للذي عتق، ونصفها أم ولد للآخر، لأن استيلاد الأمة، وإن كان لا يتجزأ لكن الجارية لما حرم بيعها بدعوة الولد خرجت من أن تكون محلا للتملك، فتعذر تكميل الاستيلاد، كالمدبرة بين اثنين إذا استولدها أحدهما.

وعند أبي يوسف ومحمد إذا أدى أحدهما عتق، وعتق معه كل الولد؛ لأن عندهما الإعتاق لا يتجزأ، ولا يجب ضمان، ولا سعاية؛ لما قلنا لأبي حنيفة، وتصير الجارية كلها أم ولد للذي عتق، لوجود الاستيلاد في محل لم يثبت فيه حق الحرية، وحرمة البيع بدون حق الحرية لا تمنع تكامل الاستيلاد، كما في المرهونة والمؤجرة، ويضمن الذي عتق لشريكه نصف قيمتها؛ لأنها لما صارت أم ولد له صار متملكا نصيب شريكه، فيضمن نصف قيمتها، موسرا كان أو معسرا.

فإن عجز الآخر بعد ذلك عن أداء بدل الكتابة، الآن تصير الجارية أم ولد للذي عتق في قول أبي حنيفة؛ لأن المانع من تكميل الاستيلاد قبل العجز بقاء الكتابة في نصف الولد ببقاء كتابة الآخر، فإذا عجز، وانفسخت الكتابة فيه، وفي نصف الولد، وصار كأن لم يكن، زال المانع من التكميل، فتصير كلها أم ولد للذي عتق، ويغرم نصف قيمتها لمولى العاجز، موسرا كان أو معسرا، ولا يضمن الذي أدى بدل الكتابة شيئاً من قيمة الولد؛ لأنه حين عتق نصف الولد بأداء الأول لم يجب عليه الضمان لما قلنا، فلا يجب بعده، كالعبد بين اثنين إذا أعتقه أحدهما، وهو معسر ثم أيسر، ويسعى الولد في نصف قيمته لمولى المكاتب الذي عجز؛ لأنه لما انفسخت كتابة العاجز، ونصف الولد كان مكاتبا معه، انفسخت الكتابة أيضا في نصف الولد، وعاد نصف الولد لمولى العاجز، وقد احتبس حقه عند الولد، فيسعى له، وإن لم يكن الاحتباس بصنعه، كالريح إذا هبت بثوب إنسان، وألقته في صبغ الغير.

وإنما لا يسعى قبل عجز الآخر؛ لأنه لو سعى يسعى لأبيه، والأب لا يستوجب السعاية على ولده، أما بعد العجز يسعى لمولى الأب، فيسعى، كمن ورث بعض ولده يسعى الولد للشركاء، ويكون ولاء الولد بين المولين.

وإن أدى أحدهما بدل الكتابة[1]، ثم أدى الآخر، لم يذكر محمد هذا في الكتاب، قالوا: هذا في قياس قول أبي حنيفة يعتق كل الولد، وتكون الجارية أم ولد للمكاتبين، وعلى قول أبي يوسف ومحمد حين أدى الأول بدل الكتابة عتق كل الولد، وصارت الجارية كلها أم ولد له، ولم يجب ضمان ولا سعاية، فلا يتغير بعد ذلك.

ولو لم يؤد أحدهما بدل الكتابة[2] حتى عجز أحدهما، على قول أبي يوسف ومحمد: يصير الولد كله مكاتبا مع المكاتب الآخر؛ لأن الكتابة عندهما لا تتجزأ، ويضمن المكاتب الذي لم يعجز نصف قيمة الولد لمولى الذي عجز؛ لأنه لما صار كل الولد مكاتبا معه صار متملكا نصيب الشريك، فيضمن نصف قيمته، موسرا كان أو معسرا.

أما على قول أبي حنيفة: إذا عجز أحدهما يصير نصف الولد لمولى الذي عجز، ويبقى نصيب الآخر مكاتبا إلى أن يظهر حال الآخر[3]، وليس لمولى العاجز أن يفسخ الكتابة في الولد؛ لأنه ثبت تبعا لكتابة الأصل، والأصل لازم، فكذلك التبع.

وأما الجارية: لم يذكر حكمها في الكتاب، قالوا: ينبغي أن تصير أم ولد للذي لم يعجز؛ لأن المانع من التكميل قد زال، وهو حرمة البيع في الولد لحق المكاتب الآخر.

(١) "الكتابة ساقط من (ج) و (د).

(٢) "الكتابة ساقط من (ج) و (د).

(٣) قوله: "مكاتبا إلى أن يظهر حال الآخر". ساقط من (ج) و (د).

فإن رفع الأمر إلى القاضي، فقضى بنصف قيمة الجارية لمولى الذي عجز عن[1] الآخر، تقرر كون الجارية كلها أم ولد[2] حتى لو عجز الآخر، كانت الجارية أمة لمولى الثاني.

وإن عجز الأول، ولم يقض القاضي على الآخر بشيء من [3] قيمة الجارية حتى عجز الآخر، كانت الجارية ملكا للموليين، وإن عجز أحدهما، وأدى الآخر البدل، تعتق، وتصير الجارية أم ولد له، ويغرم نصف قيمتها لمولى العاجز، موسرا كان أو معسرا؛ لأنه تملك نصيب الآخر.

وإن لم يؤد أحد المكاتبين شيئا، ولم يعجز حتى مات أحدهما، وترك وفاء وفضلا، تؤدى كتابته مما ترك، ويحكم بحريته في آخر أجزاء حياته عندنا، ويعتق نصف الولد معه، ويبقى نصفه مكاتبا مع الآخر في قول أبي حنيفة؛ لأن عنده الكتابة تتجزأ ثبوتا وبقاء.

فإن أدى الآخر عتق الولد كله، ولا يرث الولد أباه الميت؛ لأن نصفه وإن عتق بعتق الميت فنصفه بقي مكاتبا، فلم يكن الولد حرا حين مات الأول، فإن عجز الآخر سعى الولد في نصف قيمته لمولى الذي عجز، ويعتق، ولا يرث الولد أحد الأبوين، أما الأول فلما قلنا، وأما الثاني؛ فلأن نصف الولد إنما عتق بالسعاية بعد موت الثاني.

وأما حكم الجارية إذا مات الأول عن وفاء، عتق نصفها بموته حرا، وتسعى الجارية في نصف قيمتها للمكاتب الآخر، ولا يجب الضمان في مال الميت.

---

(١) في (ج) و (د): "على الأخرة".

(٢) في (ج) و (د): "تقرر حكمها أم ولد له".

(٣) "بشيء من" ساقط من (ج) و (د).

فرق بينها وبين الجارية المشتركة إذا استولدها أحدهما، فإنه يضمن لشريكه نصف قيمتها على كل حال.

والفرق: أن الجارية المشتركة[1] تملك نصيب شريكه فيضمن، وفي مسألتنا[2] لم يتملك الميت نصيب شريكه في حياته لما ذكرنا أن حرمة البيع لحق الولد تمنع الانتقال، وحين مات عن وفاء تقررت أمومية الولد في نصيبه بتقرر ملكه، وأم الولد تعتق بموت السيد، فلا تملك، وبدون التملك لا يضمن، وإذا لم يضمن، كان عليها السعاية في نصف قيمتها للمكاتب الحي؛ لأنه لما عتق نصفها صار نصيب الحي محتبسا عند الجارية، فيلزمها السعاية في نصف قيمتها.

فرق أبو حنيفة بين هذه وبين أم ولد بين حرين، أعتقها أحدهما أو مات، فإنها تعتق من غير ضمان ولا سعاية.

والفرق: أن في الحرين ثبت لها حق الحرية بالاستيلاد، وبطلت المالية والتقوم في قول أبي حنيفة ولا يجب ضمان ولا سعاية[3] أما استيلاد المكاتب لا يوجب لها الحرية؛ لأن المكاتب لا يملك إيجاب الحرية، وإنما حرم بيعها فقط، ألا ترى أن المكاتب إذا استولد جارية من أكسابه ثم عجز، وردّ في الرق، كانت الجارية قنة لمولاه، ولو ثبت لها حق الحرية لما جاز ردّها إلى الرق.

وإذا بقيت المالية والتقوم، وعتق نصفها بموت المكاتب، صار نصيب الحي محتبسا عند الجارية، فتسعى، أما عند أبي يوسف ومحمد إذا مات أحدهما عن وفاء فأديت كتابته يعتق، ويعتق الولد؛ لأن العتق لا يتجزأ، ولا يجب ضمان ولا سعاية؛ لأنه لو وجب

---

(١) في (ج) و (د): "أن ثمة المستولد تملك".

(٢) في (ج) و (د): "أما هنا".

(٣) قوله: "في قول أبي حنيفة ولا يجب ضمان ولا سعاية" ساقط من (ج) و (د).

وجب للمكاتب الآخر، والأب بعتق ولده لا يستوجب ضمانا ولا سعاية[١]، إلا أن يعجز الآخر، فيسعى الولد في نصف قيمته لمولى الذي عجز[٢]؛ لأن المولى أحق بنصف الولد بعد عجز المكاتب، وقد احتبس عند الولد، فيسعى له، كالعبد بين اثنين إذا[٣] أعتقه أحدهما، وهو معسر، ولا يرث الولد أباه.

فإن قيل: ينبغي أن يرث عندهما؛ لأن الأب عتق في حياته، و نصف الولد كان مكاتبا معه، فيعتق بعتقه، و إذا عتق النصف عتق الكل؛ لأنه لايتجزأ.

قلنا: إنما يعتق كل الولد في حياته، إذا كان كل الولد مكاتبا معه، أما إذا كان بعضه مكاتبا معه[٤] فلا؛ لأن الولد إذا كان مكاتبامعه يعتق بكتابة الأب، فكما تظهر حرية الأب إلى ما قبل الموت تظهر حرية الولد.

أما إذا كان الولد مكاتبا معهما، كان سبب عتقه كتابتهما، فإنمايعتق بكتابة أحدهما نصفه؛ ثم يعتق النصف الباقي بطريق السراية لتعذر التبعيض، والسراية إنما تكون بعد الثبوت، فلا يعتق كل الولد في حياة الميت، وإذا تعذر إعتاقه قبل الموت، لا يظهر استناد حرية الأب في حقه؛ لأنه أمر حكمي ثبت شرعا، فلا يظهر إلا فيما كان من حقوق كتابة الأب، وعتق كل الولد ليس من حقوق كتابة الأب، فلا يرث، إنما يرث الولد أباه إذا كان كله مكاتبا معه، يعتق بعتقه، ويرق برقه.

والدليل على أن الولد لا يعتق كله في حياة الأب ما قال في الكتاب: أنه لو مات

---

(١) قوله: "وجب للمكاتب الآخر، والأب بعتق ولده لا يستوجب ضمانا ولا سعاية" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "لمولى العاجز".

(٣) "إذا" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "معه" ساقط من (ج) و (د).

أحد المكاتين عن وفاء، فاكتسب الولد أكسابا قبل أداء الكتابة، أو قطعت يده أو فقئت عينه، ثم أدّيت كتابة الميت من التركة، كان نصف كسب الولد ونصف أرشه للمكاتب الحي، ولو أديت كتابة الميت، ثم اكتسب الولد أكسابا، أو جنى عليه، كان الأرش وجميع الكسب للولد، ويجب أرش الأحرار عن الجاني، وعند أبي حنيفة: أرش العبيد؛ لأن عنده لا يعتق كل الولد.

وكذا لو شهد الولد بعد موت المكاتب قبل أداء المكاتبة لا تقبل شهادته.

وكذا عبد وابنه بين رجلين، كاتبهما أحد المولين بغير إذن شريكه كتابة واحدة، وجعل نجومهما نجما واحدا، ثم مات الأب، وترك مالا، كان للشريك الذي لم يكاتب أن يأخذ نصف ذلك المال؛ لأنه كسب عبده، ثم يؤدي كتابته من النصف الباقي، ويعتق المكاتب وابنه، ويغرم الشريك الذي كاتب للشريك الذي لم يكاتب[1] نصف قيمة المكاتب ونصف قيمة الولد[2] إذا كان موسرا، ولا يرث الابن أباه؛ لأن أباه مات، ونصف الولد رقيق للشريك الذي لم يكاتب، كذلك هنا.

ولا يقال: في مسألة الاستشهاد الولد مقصود في الكتابة، فجاز أن يظهر استناد الحرية في حق الأب، ولا يظهر في حق الولد، أما في مسألة الكتاب: الولد تبع في كتابة الأب، فإذا ظهر الاستناد في حق الأصل يظهر في حق التبع.

لأنا نقول: في مسألة الكتاب نصيب الشريك من الولد ليس بتبع في كتابة الميت، كما أن جميع الابن ليس بتبع هنا.

---

(١) قوله: "الشريك الذي" إلى قوله: "لم يكاتب" ساقط من (ج) و (د)، وفيه: "ويغرم المكاتب لشريكه" وهذا خطأ.

(٢) في (ج) و (د): "الابن".

قال: ألا ترى أنه لو كان الولد مكاتبا مع الأب، ثم مات الأب عن وفاء، ثم مات قريب الابن بعد موت الأب[1]، ثم أديت كتابة الأب حتى بحرية المكاتب وحرية ولده كتابة الأب، فلا يظهر إسناد العتق فيه، كذلك هنا عتق نصيب الشريك ليس من حقوق كتابة الأب فلا يظهر الاستناد في حقه[2]، والجارية حرة لا سبيل لأحد عليها؛ لأن نصيب الميت عتق بموته، فيعتق الباقي ضرورة أنه لا يتجزأ، ويأخذ المكاتب الحي نصف قيمتها من تركة الميت؛ لأن الميت صار متملكا نصيب الشريك، فيضمن نصف قيمتها.

الفصل الثاني:

مكاتب بين رجلين أعتقه أحدهما عتق نصيبه، ويبقى نصيب الآخر مكاتبا في قياس قول أبي حنيفة؛ لأن عنده الإعتاق يتجزأ، والعتق لا يمنع الإستسعاء الذي هو في معنى الكتابة، فلا يمنع الكتابة.

فإن اختار المكاتب المضيّ في الكتابة لا يضمن المعتق شيئا؛ لأن نصيب شريكه كان مكاتبا، وقد بقي كذلك، فلم يتلف المعتق عليه شيئا، بخلاف المدبر بين اثنين إذا أعتقه أحدهما فإنه يضمن صاحبه؛ لأنه حال بينه وبين خدمته، فصار متلفا على[3] نصيبه.

وإن عجز المكاتب نفسه، تفسخ الكتابة في نصيب الشريك، وصار المعتق متلفا نصيب الشريك بالإعتاق السابق، فيصير حكمه حكم عبد بين اثنين، أعتقه أحدهما يخير الساكت إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء ضمن الشريك إن كان موسرا واستسحى العبد إن كان

(١) أثبتناه من (ج) و (د)، وفي الأصل "الابن".

(٢) ورد اختلاف كبير في عبارات نسخة (ج) و (د)، فجاء فيه: "حتى حكم بعتق الأب...".

(٣) في (ج) و (د): "عليه".

معسرا[١].

وأما عند أبي يوسف ومحمد: إذا أعتقه أحدهما يعتق كله.

ثم اختلف أبو يوسف ومحمد رحمة الله عليهما، قال أبو يوسف: إن كان المعتق موسرا يضمن نصف قيمته، وإن كان معسرا سعى العبد في نصف قيمته بالغة ما بلغت، ولاينظر إلى بدل الكتابة.

وقال محمد: إن كان المعتق[٢] معسرا يضمن الأقل من نصف قيمته، ومن نصف بدل الكتابة، وإن كان معسرا سعى العبد في أقلّ من نصف قيمته، ومن نصف بدل الكتابة.

لمحمد أن حق غير المعتق متردد قبل الإعتاق، إن أدى بدل الكتابة كان حقه في نصف البدل، وإن عجز المكاتب[٣] نفسه كان حقه في نصف الرقبة، فإذا أعتقه أحدهما فقد اتلف على شريكه حقا مترددا[٤]، والأقل متيقّن، وفي الزيادة شكّ، فيجب المتيقن.

ألا ترى أن المريض مرض الموت إذا أعتق مكاتبه، ثم مات وعليه دين مستغرق، وكان على العبد السعاية للغرماء[٥] يسعى للغرماء في الأقل من قيمته، ومن بدل الكتابة، ويعتبر مال المريض[٦] أقلهما، كذلك هنا.

---

(١) وقوله: "يخير.... إن كان معسرا" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "المعتق" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "المكاتب" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د): "فبالإعتاق يصير متلفا حقا مترددا".

(٥) قوله: "وكان على العبد السعاية للغرماء" ساقط من (ج) و (د).

(٦) في (ج) و (د): "مال الميت".

وشنع على أبي يوسف رحمه الله، فقال: لوأن عبدا بين رجل وبين ابنه، كاتباه على ألف دينار، فأدى الكتابة إلا دينارا، ثم أعتقه الأب، فإن على قياس قول أبي يوسف، لوكان الأب معسرا سعى الابن في خمسمائة دينار، وكان يعتق قبل هذا بأداء دينار واحد، وهذا قبيح.

ولأبي يوسف: أنه أتلف نصف عبد متقوم؛ لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، والإعتاق تصرف في العبد لا في بدل الكتابة، فلا يضمن بدل الكتابة، ولهذا لو كانت قيمته أقل من بدل الكتابة يضمن قيمته، ولو كان الإعتاق إتلافا للبدل يضمن البدل على كل حال.

ثم اختلفوا في قول أبي يوسف، فقال بعضهم: يضمن نصف قيمته قنا؛ لأن الكتابة بطلت لحصول العتق، لا بجهة الكتابة، ولهذا كان المعتق ضامنا، ولو كان العتق واقعا بجهة الكتابة لا يضمن المعتق؛ لأن شريكه راض بتلك الجهة، ووقوع العتق لا بجهة الكتابة يوجب بطلان الكتابة، ولهذا لو أعتق المكاتب عن كفارة يمينه يجوز، ويكون ذلك فسخا للكتابة، وكذا لو أعتق المكاتب كفارة يمينه بعد ما أدى بعض البدل يجوز، مروي ذلك عن أبي يوسف.

والدليل على بطلان الكتابة أن كل الولاء يكون[1] للمعتق، ولو لم تبطل الكتابة لا يتحول كل الولاء إليه، ألا ترى أن الوارث إذا أعتق المكاتب لا يستحق الولا؛ لأن عتقه[2] واقع بجهة الكتابة، فيكون للميت، فاستحقاق الولاء هنا دليل على أن المعتق تملك نصيب الشريك، فيضمن نصف قيمته قنا.

وقال بعضهم: يضمن نصف قيمته مكاتبا، وهو الصحيح؛ لأن سبب الضمان

(١) "يكون" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "عتقه" ساقط من (ج) و (د).

الإعتاق، وأنه صادف المكاتب، وإتلاف المكاتب لا يوجب قيمة القن.

ولا يقال: لما عتق كله ترتفع الكتابة، ويتملك القن.

لأنا نقول: لو صار متملكا لا يصير متملكا للقن؛ لأن انفساخ الكتابة ما ثبت قصدا، فلا يظهر في حق تملكه قنا على أن العتق قد يتكامل بدون التملك، فإن المدبر بين اثنين إذا أعتقه أحدهما يعتق كله من غير تملك، إلا أن في المدبر إذا أعتقه أحدهما يكون الولاء لهما؛ لأن بالتدبير ثبت الولاء لهما، فلا يتحول إلى أحدهما، وفي المكاتب بين شريكين إذا أعتقه أحدهما يكون كل الولاء للمعتق؛ لأن الولاء ما كان ثابتا لهما قبل الإعتاق، فيثبت للمعتق.

وأما ما ذكر من التشنيع على ألف دينار[1] أبو يوسف يقول: "كما يلزمني يلزمك"، فإنه لو كانت قيمته مائة درهم، فكاتباه على ألف دينار، ثم أخذ أحدهما منه شيئا يسيرا، وأعتقه، يغرم المعتق نصف قيمته خمسين درهما، وإن كان فيه ضرر فاحش فلا ينظر إلى الصورة، وإنما ينظر إلى المتلف، والمستهلك نصف الرقبة، فيضمن نصف قيمته، وثبوت الولاء للمعتق دليل ظاهر لأبي يوسف.

و محمد أجاب عن الولاء، فقال: الولاء ليس بشيء متقوم حتى يقال لما سلم الولاء للمعتق يضمن لشريكه نصف قيمته كاملة، وقال[2]: ألا ترى أنه لو شهد رجلان على رجل بإعتاق العبد، ثم رجعا بعد القضاء، فإنهما يضمنان القيمة للمولى، وثبوت الولاء للمولى لا يسقط عنهما شيئا من الضمان، وكذا المكره على الإعتاق يضمن قيمته كاملة للمكره، وإن كان الولاء للمكره، فكذلك هنا، وإن سلم الولاء للمعتق جاز أن لا يضمن إلا أقل من نصف قيمته، ومن نصف بدل الكتابة إن كان لم يؤد شيئاً من بدل الكتابة.

---

(١) "على ألف دينار" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "وقال" ساقط من (ج) و (د).

الفصل الثالث:

مكاتب بين اثنين، دبّره أحدهما، عند أبي حنيفة ينفذ التدبير في نصيبه، ويبقى نصيب الآخر مكاتبا من غير ضمان ولا سعاية، ويجتمع في نصفه للحرية سببان: الكتابة والتدبير، وفي النصف سبب واحد، وهو الكتابة.

فإن أدى البدل، أو مات المدبر، عتق نصفه، وحكمه حكم عبد بين شريكين، أعتقه أحدهما.

وعند أبي يوسف ومحمد إذا دبره أحدهما يصير كله مدبرا لأنه لا يتجزأ[1]، ويضمن الذي دبّره[2] لشريكه نصف قيمته، موسرا كان أو معسرا، لأنه تملّكَ نصيب الشريك، وضمان التملك لا يختلف باليسار والإعسار.

ثم اختلفوا على قولهما أنه يضمن قيمته مكاتبا أو قنا، قال بعضهم: يضمن نصف قيمته قنا؛ لأنه تملك نصيب شريكه، والتملك لا يتحقق مع بقاء الكتابة، فتنفسخ الكتابة، وإذا انفسخت يضمن نصف قيمته قنا.

وقال بعضهم: يضمن نصف قيمته مكاتبا، وهو الصحيح لوجهين:

أحدهما: أن هذا تملك حكمي، والمكاتب يحتمل ذلك، ألا ترى أن الرجل إذا ارتدّ [- والعياذ بالله -][3] ولحق بدار الحرب، وترك أموالا وعبدا، وقضى بلحاقه، وقسم ماله بين ورثته، فكاتب الوارث العبد، ثم عاد مسلما يعود عبده إليه مكاتبا، وإذا ثبت أنه يحتمل التملك لا تنفسخ الكتابة.

---

(١) قوله: "لأنه لا يتجزأ" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "ويضمن لشريكه. . ."

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

والثاني: أنه لو انفسخت، فهذا فسخ ضروري، فلا يظهر في قيمته، وإذا صار كله مدبرا مع بقاء الكتابة، تجمع لحريته سببان، إن أدى عتق، وإن عجز نفسه يعتق بالموت.

الفصل [الرابع][1]:

مكاتبة بين رجلين، ولدت ولدا، فادعاه أحدهما، تصح دعوته، ويثبت النسب منه، ويصير نصيبه منها[2] أم ولد، ويبقى نصيب صاحبه مكاتبا عند أبي حنيفة؛ لأن المكاتبة لاتقبل النقل، فيقتصر الاستيلاد على نصيبه، كما في المدبرة بين شريكين إذا استولدها أحدهما.

وعندهما: تصير كلها أم ولد؛ لأن الكتابة تحتمل الفسخ، ولا يمنع التملك حكما بخلاف المدبرة، وإذا صار كلها أم ولد له صار متملكا، وإذا تملك نصيب الشريك يضمن نصف قيمتها، ولها الخيار: إن شاءت مضت على الكتابة، وإن شاءت عجزت نفسها، فتعتق بموته؛ لأنه تصدى لعتقها جهتان: عاجل ببدل، وآجل بغير بدل، فتختار أيهما شاءت.

ذكر الخيار هنا، ولم يذكر في فصل التدبير، لكنه قال: إن أدى بدل الكتابة يعتق، وإن مات المولى يعتق، لأن في التدبير بموت المولى لا يعتق مجانا لا محالة؛ فإنه لو مات المولى، وعليه دين يسعى المدبر في قيمته؛ لأنه يعتق بطريق الوصية، فلا يفيد التخيير، فلا تظهر المغايرة، وفي أم الولد إذا مات المولى لا تلزمها سعاية، لأن عتقه ليس بوصية فيتحقق المغايرة[3] فيفيد التخيير.

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) "منها" ساقط من (ج) و (د).

(٣) من قوله: "وفي أم الولد" إلى "فيتحقق الغايرة" ساقط من (ج) و (د).

فإن اختارت الكتابة تكون مكاتبة بنصف البدل، أو بكل البدل، فيه روايتان: روى هشام عن محمد أنها تكون مكاتبة بجميع البدل، وذكر في "المنتقى" أنها تكون مكاتبة بنصف البدل، واختلاف الروايتين بناء على اختلاف القولين في انفساخ الكتابة، وعدم انفساخها.

ووجه رواية "المنتقى": أنه تملك نصيب الشريك، وذلك لا يكون إلا بعد انفساخ الكتابة، وإذا انفسخت في نصيب الشريك سقط نصف البدل، ثم سرت الكتابة القائمة في النصف إلى النصف الآخر، ضرورة أنه لا يتجزأ، فلا يزاد عليها البدل، فتكون مكاتبة بنصف البدل، فتتجزأ الكتابة في الابتداء، ثم تتكامل في الانتهاء؛ لأن تكميل الكتابة والعتق وجب احتياطا لحق الله تعالى، والاحتياط فيما قلنا.

وجه رواية هشام: أن بالاستيلاد تملك نصيب الشريك حكما، وأنه لا يوجب انفساخ الكتابة، وإذا لم تنفسخ الكتابة لا يسقط شئ من البدل، وهذا أصح[1]؛ لأن عندهما الكتابة كما لاتتجزأ ثبوتا لا تتجزأ فسخا، ولو انفسخت في الكل لا تعود إلا بالتجديد.

هذا إذا ولدت المكاتبة ولدا وادعاه أحدهما، وإن أقر أحدهما بالاستيلاد، ولم تلد فكذلك؛ لأن الإقرار بالاستيلاد في حق الحكم بمنزلة الإنشاء، حملا للكلام على الصحة.

الفصل الخامس:

عبد بين شريكين كاتَب أحدهما نصيبه بإذن الشريك على ألف، عند أبي حنيفة: يصير نصيبه مكاتبا، ويبقى نصيب الآخر على حاله، لما عرف من أصله، وأثر الإذن في

(١) في (ج) و (د): "هذا صح". وهو خطأ

شيئين: أحدهما: أنه لا يملك الفسخ؛ لأنه رضي بالضرر، والثاني: أنه لو أدى بدل الكتابة[١] يسعى للساكت في نصف قيمته؛ لأن نصيبه صار محتبسا عنده، ولا يكون للساكت أن يضمن[٢]، موسرا كان أو معسرا؛ لأنه فعل بإذنه.

وإن أدى بدل الكتابة[٣] إن أذن الساكت لشريكه بقبض البدل يكون متبرعا بنصف الكسب، وليس له أن يرجع بذلك[٤]، وإن لم يأذن لشريكه[٥] بقبض البدل رجع الساكت[٦] على شريكه بنصف ما أخذ من البدل[٧]؛ لأنه كسب عبد مشترك، ثم يرجع المكاتب على العبد بما أخذ منه الشريك؛ لأنه كاتب نصيبه على ألف درهم، ولم يسلم له نصف البدل، فيرجع عليه.

عند أبي يوسف ومحمد: يصير كله مكاتبا بينهما بالبدل الذي سمى؛ لأن الكتابة لا تتجزأ عندهما، وكذا الإذن بالكتابة، ويكون إذنه بكتابة النصف[٨] إذنا بكتابة الكل، وتوكيلا بالعقد في نصيبه، فيصير مكاتبا بينهما.

ولو كاتب أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه على ألف درهم، كان للشريك حق

---

(١) "الكتابة" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "وليس له تضمين المكاتب".

(٣) "الكتابة" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د): "فلا يرجع به على أحد".

(٥) "لشريكه" ساقط من (ج) و (د).

(٦) في (ج) و (د): "يرجع على شريكه".

(٧) في (ج) و (د): "بنصف ما قبض".

(٨) في (ج) و (د): "بكتابة البعض".

الفسخ[1] عند الكل، أما عندهما؛ فلأن الكتابة[2] لا تتجزأ، فكان له أن يفسخ العقد الذي باشره صاحبه في نصيبه بغير إذنه، وأما عند أبي حنيفة فلأن كتابة النصف وإن لم كتابة للكل[3]؛ إلا أنه يتضرر بذلك عند الأداء، والكتابة عقد يحتمل الفسخ، فيفسخها دفعا للضرر عن نفسه.

فإن لم يفسخ حتى أدى البدل، يعتق نصفه عند أبي حنيفة، للساكت أن يرجع على شريكه بنصف ما أخذ من العبد؛ لأنه كسب عبد مشترك.

ثم هل يرجع هو على العبد بما أخذ منه الشريك؟ ينظر إن كاتب كله بألف لا يرجع؛ لأنه جعل الألف بدلا عن الكل، ولم يسلم للعبد من جهته إلا نصف الرقبة، فلا يجب عليه كل البدل، وإن كاتب نصيبه بألف، له أن يرجع على العبد بما أخذ الساكت منه؛ لأنه جعل الألف عوضا عن نصيبه، وقد سلم للعبد نصيبه، فإذا استحق عليه شيء من البدل يرجع بذلك على العبد.

وعندهما: إذا أدى بدل الكتابة[4] يعتق كله، ويغرم المكاتب لشريكه نصف قيمته إن كان موسرا، ويسعى العبد[5] في نصف قيمته إن كان معسرا، كما لو أعتقه أحدهما بغير عوض، وللساكت أن يأخذ من العبد نصف ما بقي في يده من الأكساب؛ لأنه كسب عبد مشترك، وكان الساكت متمكنا من أخذ ذلك قبل العتق، فكذلك بعده؛ لأن فسخ

(١) كذا في (ج) و (د): وفي الأصل "للشريك أن يفسخ".

(٢) في (ج) و (د): "لأنها لا تتجزأ".

(٣) قوله: "فلأن كتابة النصف وإن لم يكن كتابة للكل" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "الكتابة" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "العبد" ساقط من (ج) و (د).

الكتابة إن تعذر في الرقبة لنفاذ العتق لم يتعذر في الأكساب، ويأخذ من الذي كاتبه[1] نصف البدل؛ لأنه كسب عبد مشترك، وقد كان الساكت متمكنا من أخذه.

ثم لا يرجع هو بذلك على العبد، أما إذا كان معسرا، وسعى العبد في نصف قيمته فظاهر؛ لأنه لم يسلم للعبد من جهته إلا نصف الرقبة، وأما إذا كان المكاتب[2] موسرا، وضمن للساكت نصف القيمة فكذلك؛ لأن بدل الكتابة في الحقيقة مقابل تملك الأكساب، ولم يسلم للمكاتب إلا نصف الكسب، حيث أخذ الساكت منه نصف الكسب، فلا يرجع عليه بشيء.

قال[3]: عبد بين شريكين كاتب أحدهما نصيبه، أو كله بغير إذن الشريك على ألف درهم، ثم كاتب الآخر نصيبه، أو كله على مائة دينار، يصير كله مكاتبا بينهما).

أما عند أبي حنيفة: فلأنها تتجزأ فسخا وثبوتا، فإذا كاتب أحدهما كله نفذت الكتابة[4] [في نصيبه][5]، وتوقّفت في نصيب الشريك، فإذا كاتب الآخر نصيبه، أو كله على مال آخر، كان إقدامه على الثانية فسخا للأولى، فنفذ الفسخ في نصيبه، ولم ينفذ في نصيب الشريك لقيام الكتابة في نصيب الشريك[6]، فصار مكاتبا بينهما.

---

(١) في (ج) و (د): "المكاتب".

(٢) "المكاتب" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "قال" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "الكتابة" ساقط من (ج) و (د).

(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٦) "الشريك" ساقط من (ج) و (د).

وأما عندهما: فلأنها لا تتجزأ، فإذا كاتب الأول نصيبه صار[1]، وللآخر حق الفسخ، فإذا كاتبه الثاني على مال آخر، كان فسخا، فانفسخ العقد الأول في نصيبه.

فإن قيل: عندهما الكتابة كما لا تتجزأ ثبوتا لا تتجزأ فسخا، فوجب أن ينفسخ العقد الأول في كله.

قلنا: عندهما الكتابة لا تتجزأ لا لعينها، فإنهما لو كاتبا معا، صار مكاتبا بينهما، وإنما لا تتجزأ لأجل التنافي والتضاد في الأحكام، لأن بين خلوص رقبته للمولى، وبين كونه مكاتبا تضاداً وتنافيا، ولا تنافي هنا، لأن هنا إنما تنفسخ الكتابة في نصيبه ضرورة الكتابة الثانية، فلا يظهر التنافي، فلهذا يصير مكاتبا بينهما.

فإن أدى أحدهما شيئا لا يعتق نصيب أحدهما ما لم يؤد إليه جميع البدل الذي سماه؛ لأن كل واحد منهما علّق عتقه بأداء كل المال، فلا يعتق بأداء بعضه، سواء كاتب كله على ألف، أو نصيبه على ألف.

فإن قيل: لما انفسخت الكتابة الأولى في نصفه وجب أن يسقط نصف البدل.

قلنا: الفسخ ما ثبت نصا، وإنما ثبت ضرورة ثبوت[2] الكتابة الثانية؛ فلا يظهر ذلك في سقوط شيء من البدل، كما لو حطّ البائع بعض الثمن لا ينفسخ البيع في شئ من المبيع، وأيهما قبض البدل لا يشاركه الآخر فيما قبض؛ لأن المال وجب لكل واحد منهما بعقد باشره في نصيبه، وقد أبطل كل واحد منهما حقه عن أكسابه بكتابة باشرها، فإذا قضى المكاتب دين أحدهما من خالص ماله سلم له، كما لو باع كل واحد من الشريكين

---

(١) في (ج) و (د): "أحدهما يصير مكاتبا".

(٢) "ثبوت" ساقط من (ج) و (د).

نصيبه من العبد المشترك بعقد على حدة، ولا يشبه هذا ما تقدم؛ لأن الشريك[1] الذي لم يكاتب ما أبطل حقه عن الكسب، فكان له حق المشاركة.

وإن أدى البدل إليهما معا عتق، ويكون الولاء بينهما، كما لو أعتقاه معا، وإن أدى إلى[2] أحدهما أولا، عتق نصيبه في قول أبي حنيفة، ويبقى نصيب صاحبه مكاتبا، ولا ضمان ولا سعاية، إلا أن يعجز المكاتب، فيضمن القابض نصيب صاحبه إن كان موسرا، ويسعى العبد في نصف قيمته إن كان معسرا.

وعند أبي يوسف ومحمد: إذا أدى البدل إلى أحدهما أولا عتق كله، ويضمن نصيب صاحبه إن كان موسرا، ويسعى المكاتب في نصف قيمته إن كان معسرا.

وهذا وما لو أعتقه أحدهما سواء، وقد مر منا الكلام فيه أن عند أبي يوسف يضمن نصف قيمته، أو يسعى العبد فيه، وعند محمد يضمن الأقل من نصف قيمته، ومن نصف بدل الكتابة إن كان موسرا، وإن كان معسرا يسعى في الأقل من نصف قيمته، ومن نصف بدل الكتابة، [أو يسعى في الأقل][3]، إلا أن هنا يضمن نصف قيمته مكاتبا في قول أبي يوسف.

واختلف المشايخ في قوله فيما تقدم، فمن قال: ثمة يضمن نصف قيمته مكاتبا، لا يحتاج إلى الفرق، و من قال: يضمن نصف قيمته قنا، يحتاج إلى الفرق.

ووجهه أن فيما تقدم عتق بإعتاق مبتدأ، لا بجهة الكتابة، وإعتاق المكاتب [لا بجهة

(١) في (ج) و (د): "لأن الذي".

(٢) "إلى" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

الكتابة][1] يوجب انفساخ الكتابة، فيضمن نصف قيمته قنا، وهنا حصل العتق بجهة الكتابة، فلا تنفسخ، ووقوع العتق في نصيبه بجهة الكتابة يوجب تقرير الكتابة في نصيبه، فلا تنفسخ في نصيب صاحبه.

الفصل السادس:

(مكاتبان لرجلين، كل واحد منهما لرجل، بينهما جارية جاءت بولد، فادعياه، فهو ابنهما لما قلنا، فإن ماتا، أو قتلا معا، أو على التعاقب، وترك كل واحد منهما وفاء، بقيت الكتابة)؛ لأنها تبقى ببقاء المال، وبقاء الولد المولود في الكتابة، فلأن تبقى ببقائهما كان أولى.

فإن أديت كتابتهما معا عتقا، وعتق الولد معهما تبعا، ويكون مولىً لمولاهما، ولا يرث الولد من أبويه[2]، ولا من أحدهما؛ لأن نصفه كان تبعا لهذا، ونصفه كان تبعا للآخر، فإنما يعتق بكتابة كل واحد منهما نصفه، وما يعتق من الولد بكتابة ذاك لا يظهر في حق هذا؛ لأنه ليس من أحكام كتابته، فكان الولد عند موت كل واحد منهما معتق البعض في قول أبي حنيفة، فلا يرث من أحدهما.

وكذلك عندهما؛ لأن عندهما إنما لا يتجزأ العتق لتضاد الأحكام والتنافي، ولا تنافي هنا، إذ عتق كله في ساعة واحدة، وإن كان لا يستند، ولا يظهر عتق كله في حق كل واحد منهما.

وكذا لو كان المكاتبان لرجل[3] واحد، إلا أنه كاتب كل واحد منهما بكتابةعلى

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "لا يرث الولد منهما".

(٣) "رجل" ساقط من (ج) و (د).

حدة؛ لأن نصف الولد دخل في عقد هذا، ونصفه في عقد هذا، وإنما يعتق بكتابة كل واحد منهما[1] نصفه، فيكون اختلاف العقد كاختلاف المولى.

وإن كانا لرجل كاتبهما كتابة واحدة، وأديت كتابتهما، وورث الابن منهما؛ لأنهما يعتقان بحكم عقد واحد في حالة [واحدة][2]، لا يعتق أحدهما إلا ويعتق الآخر معه؛ لأن عتقهما معلّق بأداء مال واحد، فلا يعتق أحدهما ما لم يصل البدل كله إلى المولى، فإذا استند عتق كل واحد منهما إلى حالة واحدة، وظهر عتق كل واحد منهما في حق صاحبه، ظهر عتقهما في حق الولد، وعتق الولد في حق كل واحد منهما، فيرث منهما، كما في المكاتب الواحد إذ أديت كتابته بعد موته، واستندت حريته في حقه يستند في حق الولد، حتى يرث منه، كذلك هنا.

ثم ينظر: إن أديت الكتابة من مالهما لا يرجع البعض على البعض، وإن أديت الكتابة كلها[3] من مال أحدهما يؤخذ نصيب الآخر من ماله؛ لأن أداء البدل من مال أحدهما بعد الموت بمنزلة الأداء في حالة الحياة، ولو أدى أحدهما البدل في حياتهما يرجع الآخر بحصته، فكذا إذا أديت من مال أحدهما بعد الموت[4]

ثم هذا الولد يرث من كلّ واحد منهما ميراث ابن كامل عندنا، وعند زفر يرث منهما ميراث ابن واحد؛ لأن الأب في الحقيقة أحدهما، إلا أنه أضيف إليهما بحكم الاشتباه، ولهذا لو مات الابن كان لهما ميراث أب واحد، فكذا في حقه.

---

(١) "منهما" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) قوله: "الكتابة كلها" ساقط من (ج) و (د).

(٤) قوله: "إذا أديت من مال أحدهما بعد الموت" ساقط من (ج) و (د).

وإنا نقول: بأن البنوة لا تتجزأ، فثبتت في حق كل واحد منهما كاملا، ولهذا ينفرد كل واحد منهما بتزويجه، وإنما يرث الأبوان منه ميراث أب واحد؛ لأن نصيب الأب مقدر في كتاب الله تعالى، فلو أخذ كل واحد منهما ميراثا كاملا، يصير زيادة على المفروض في كتاب الله تعالى، أما ميراث الابن غير مقدر، فاستحقاقه ميراث ابن كامل من كل واحد منهما لا يؤدي إلى التغيير.

هذا إذا ماتا، وأديت كتابتهما معا، فإن كانا لرجلين، أو لرجل واحد، وكتابتهما مختلفة، فقتلا معا، أو على التعاقب، أو ماتا معا، أو على التعاقب، وترك كل واحد منهما وفاء، وبينهما ولدٌ وُلد في كتابتهما من جارية مشتركة بينهما، فأديت كتابة أحدهما، ثم أديت كتابة الآخر، على قول أبي حنيفة هذا وما لو أديت كتابتهما معا سواء، يعتق الولد تبعا لهما، وولاؤه لمولى الكاتبين[1]؛ لأن عنده العتق يتجزأ، فإنما يعتق بعتق كل واحد منهما نصف الولد الذي هو تبع له، وكذا الجارية تعتق من جهة المكاتبين، وولاؤها لمولى الكاتبين[2]، ولا يرث الابن مع المكاتبين، ولا من أحدهما لما قلنا.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد[3]: يعتق الولد كله تبعا للذي أديت كتابته أولا، سواء مات هو أولا أو آخرا؛ لأن عندهما العتق لا يتجزأ، فإذا أديت كتابة أحدهما عتق، وعتق معه من الولد النصف الذي كان تبعا له، ويعتق الباقي ضرورة، فإنه لا يتجزأ، ويظهر استناد العتق في النصف دون النصف لما قلنا، فلا يرث منهما، ويكون[4] ولاء الولد لمولى الأب الذي أديت كتابته أولا، لأنه عتق من جهته، ولا سعاية على الولد في

(١) في (ج) و (د): "وولاء الولد لمولاهما".

(٢) في (ج) و (د): "لمولاهما".

(٣) في (ج) و (د): "عندهما".

(٤) "يكون" ساقط من (ج) و (د).

نصيب الذي أديت كتابته آخر خرة[1]؛ لأنه لو سعى لسعى لأبيه، والوالد لا يستحق السعاية على ولده.

• وأما أم الولد فقد صارت حرة بموت المكاتب[2] الذي أديت كتابته أولا؛ لأن نصفها أم ولد له، فتعتق بموته، وإذا عتق النصف بالاستيلاد يعتق الباقي ضرورة عدم التجزي، ويجب نصف قيمتها في تركة الذي أديت كتابته أولا لورثة المكاتب الذي أديت كتابته آخرا؛ لأنه تقرر استيلاده، فصار متملكا نصيب الشريك[3]، فيضمن نصف قيمتها، اعتبر حالة الأداء في هذه المسائل لا حالة الموت؛ لأن العتق تعلق بالأداء، فينزل عنده.

الفصل السابع:

(مكاتبان لرجل أو لرجلين، وكتابتهما مختلفة، بينهما ولد، فمات أحدهما عن وفاء، ثم قطعت يد الابن، ثم أديت كاتبة[4] الذي مات، كان على القاطع أرش العبيد)؛ لأنها قطعت وهو عبد، أما عند أبي حنيفة: فلأن العتق يتجزأ، فإنما يعتق من الولد بعتق الميت نصفه، فكان معتق البعض، وأما عندهما: وإن عتق كل الولد[5] مستندا، إلا أنه إنما يظهر الاستناد فيما كان من حقوق ذلك العقد، ووجوب الأرش على القاطع ليس من حقوق ذلك العقد، فلا يظهر عتق الولد فيه؛ لأن الاستناد إنما يعمل في القائم لا في الفائت، فلا يعمل في اليد المبانة.

---

(١) في (ج) و (د): "كتابته آخرا".

(٢) "المكاتب" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "الشريك" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د): "مكاتبة".

(٥) "الولد" ساقط من (ج) و (د).

ألا ترى أن الجارية المبيعة إذا ولدت ولدا لأقل من ستة أشهر، وقطعت يده، فادعى البائع نسب الولد، ثبت النسب، وعتق الولد، ولا يظهر ذلك في الأرش حتى كان الأرش للمشتري، كذلك هنا، يجب أرش العبيد، ويكون نصف الأرش للمكاتب الحي، ونصفه للولد، ولا يكون شيء منه من كسب الميت.

ولو كان الميت[1] حيا كان نصف الأرش له، ويكون من أكسابه؛ لأن نصف الولد تبع لهذا الولد، ونصفه تبع لذاك، وبعد ما مات أحدهما، فالنصف الذي كان تبعا له صار أصلا بنفسه[2]، ولهذا يطالب الولد بأداء حصة الميت من البدل بعد أن لم يكن مطالبا، وهذا أمارة الأصالة، فكان نصف الكسب للولد، أما النصف الذي كان تبعا للحي منهما بقي تبعا، فلهذا كان نصف الأرش للحي، وكذا لو اكتسب الولد أكسابا في هذه الحالة، كان نصف الكسب له، والنصف للمكاتب الحي لما قلنا.

وإن قطعت يده بعد ما أديت كتابة الميت، كان على القاطع أرش الحر عند أبي يوسف ومحمد؛ لأنه لما عتق نصفه تبعا للميت عتق الباقي؛ لأنه لا يتجزأ، ويكون للولد، وكذا لو اكتسب الولد أكسابا كان جميع الكسب[3] الكل له، وعند أبي حنيفة يجب أرش العبد؛ لأن عنده العتق يتجزأ، فإنما يعتق من الولد بعتق أحد الأبوين[4] نصفه، ونصفه للمكاتب، ويكون الارش للولد الحي، وكذلك الكسب، وهذا وما لو قطعت يده قبل أداء البدل سواء.

ولا يقال: ينبغي أن يكون كل الأرش والكسب للولد؛ لأن معتق البعض مكاتب

---

(١) "الميت" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "بنفسه" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "كان الكل له".

(٤) في (ج) و (د): "بعتق أحدهما".

مقصودًا، فيستحق الأرش والكسب كله[1].

لأنا نقول: معتق البعض إنما يكون مكاتبا مقصودًا إذا لم يكن مكاتبا قبل أن يعتق بعضه، وهنا النصف الباقي من الولد كان مكاتبا تبعاً للحي، فيبقى كذلك.

هذا إذا قطعت يد الولد، فإن قطعت يد الأم بعد ما مات أحدهما عن وفاء، فإن قطعت يدها[2] قبل أداء البدل، كان على القاطع أرش الإماء، ويكون نصفه[3] للمكاتب الحي، ونصفه يكون من[4] تركة الميت، بمنزلة[5] سائر أكسابه؛ لأنها لا تعتق بموت أحدهما ما لم يحكم بحرية الميت، وإذا لم يعتق[6] كان نصف كسبها للحي منها، ونصيب الميت من الجارية لم يصر مكاتبا مقصودا، لأن أم الولد لا تتكاتب على المكاتب حتى يصير مقصودا بموته، وإنما حرم بيعها لا غير، ولهذا لا يطالب بأداء البدل، بخلاف الولد، وإذا بقي تبعا للميت كان نصف أرشها من مكاتب الميت، وكذلك الحكم في أكسابها[7].

وإن قطعت يدها بعدما أديت مكاتبة الميت، فأرشها أرش الأحرار عندهما؛ لأنه لما حكم بعتق الميت عتق نصفها، فتعتق كلها، فكان على القاطع أرش الحرة[8]، ويكون لها، وكذلك أكسابها، وعند أبي حنيفة يجب على القاطع أرش الإماء؛ لأنها معتقة البعض،

(١) "كله" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "يدها" ساقط من (ج) و (د).

(٣) زاد في الأصل: "نصفه ذلك". وما ثبت أولى.

(٤) "يكون من" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "بمنزلة" ساقط من (ج) و (د).

(٦) قوله: "وإذا لم يعتق" ساقط من (ج) و (د).

(٧) في (ج) و (د): "كان نصف أرشها للميت، وكذا حكم أكسابها".

(٨) في (ج) و (د): "فيجب أرض الحرة".

ويكون نصفه للحي منهما؛ لأن نصفها بقي على ملكه، والنصف يكون[1] لها.

وفيه نوع إشكال: وهو أنها ما كانت مكاتبة، فإذا عتق نصفها تصير مكاتبة مقصودا، فينبغي أن يكون كل الأرش والكسب لها.

والجواب عنه: أن يقول[2] إن معتق البعض إذا صار في حكم المكاتب إنما يستحق الكسب والأرش بعلة أنه يملك من نفسه ما كان نصيب الساكت، وملك الكسب تبع لملك الرقبة، فإذا ملك رقبة نفسه يملك الكسب ضرورة، وههنا نصيب الحي لا يقبل النقل من ملك إلى ملك، فلا ينتقل إلى المملوك، وإنما وجبت عليها السعاية لا لأنها تملكت نصيب الحي، بل لتعذر إبقائها على حكم الرق، كأم ولد النصراني إذا أسلمت، تخرج إلى العتق بالسعاية.

عبد وابنه بين رجلين، كاتبهما أحد المولين[3] على ألف درهم مكاتبة واحدة بغير إذن الشريك، فمات الأب، وترك مالا كثيرا، ثم اكتسب الابن بعد موته اكتسابا[4]، أو قطعت يده، وأخذ الأرش، ثم علم المولى الآخر بالكتابة، فأراد أن ينقض الكتابة، ليس له ذلك؛ لأن نقض العقد يعتمد بقاء العقد، فلا يصح بعد هلاك المحل، كنقض البيع بعد هلاك المبيع.

وإنما حكمنا ببقاء الكتابة بعد موت المكاتب[5] ضرورة صحة الأداء، وإمكان استناد

---

(١) "يكون" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "أن يقول" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "أحدهما".

(٤) "اكتسابا" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "المكاتب" ساقط من (ج) و (د)، وفيه: "الموت".

الحرية إليهما قبل الموت، فلايظهر في حق النقض، لكن يأخذ المولى الساكت نصف ما ترك الميت[١]، ونصف ما اكتسب الابن؛ لأنه أحق بذلك في حياته، أما عند أبي حنيفة، فلأن الكتابة تتجزأ، وأما عندهما فلأنه يملك فسخ الكتابة، فلما كان نصف الكسب له في حياته، فكذلك بعد موته وينظر إلى النصف الباقي[٢].

ويؤدى منه المكاتبة[٣]، ويعتق نصف كل واحد منهما في قول أبي حنيفة، وعندهما يعتق كلاهما، وعلى المكاتب نصف قيمتهما إن كان موسرا؛ لأنه صار معتقا لهما بالعقد السابق عند الأداء، وإن كان معسرا تجب عليهما السعاية في نصيب الساكت، غير أن ما يخص الميت من البدل يؤخذ من تركته لعجزه عن السعاية، ومافضل من ماله يكون لورثته الأحرار، ومايخص الإبن يجب عليه؛ لأنه قادر على السعاية.

ولا يرث الابن أباه، أما عند أبي حنيفة: فلأن نصيب الساكت منهما عتق بحكم العساية عند أداء السعاية[٤]، لا بحكم الكتابة، فكان كل واحد منهما معتق البعض عند الموت، وأما عندهما؛ فلأن لم يعتق كل واحد منهما بحكم الكتابة، وإنما عتق ضرورة عدم التجزي، فلا يظهر ذلك[٥] في حق الميراث.

ـ والله أعلم.

---

(١) في الأصل: "الحي" وهو خطأ.

(٢) "وينظر إلى النصف الباقي" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وفي (ج) و (د) هكذا: "ويؤدي المكاتبة من النصف الباقي".

(٤) في (ج) و (د): "هكذا: "يعتق بأداء السعاية".

(٥) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

باب من الدعوة في المكاتبة للولد أمةَ المكاتب وفي ولد مكاتبه[1] قبل عتق المكاتب أو بعده

بنى الباب على أصلين :

أحدهما : أن دعوة الولد فيما له حق التملك يوجب ثبات النسب وحرية الولد، كدعوة الولد في الملك ؛ لأنه إذا كان بسبيل من التملك عند الحاجة، وصيانة الولد عن الرق من الحوائج الأصلية يعتبرْ متملكا قبل الاستيلاد، فيكون[2] مستولدا ملك نفسه .

وإن لم يكن [له][3] ملك، ولا حق التملك عند[4] العلوق، لا يثبت النسب إلا بتصديق من المالك، أو ممن كان ملحقا بالمالك ؛ لأنه يدعى حقا في ملك الغير، فلا يصح [إلا بتصديقه][5]، وإذا صدّقه يثبت النسب، كالأجنبي إذا ادعى ولد جارية الغير .

ثم ينظر : إن كان الاستيلاد بناء على سبب الملك، كان مغرورا، وقد مر قبل هذا أن ولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة - رضوان الله عليهم - .

---

(١) كذا جاء عنوان الباب في الأصل و (ا) و (ب)، وجاءالعنوان في (ج) و (د) : "باب من الدعوة في ولد المكاتبة وولد أمة المكاتبة وولد مكاتبة المكاتب" .

(٢) في(ج) و (د): "فيصير" .

(٣) ما بين المعكوفتين اثبتناه من (ج) و (د).

(٤) في(ج) و (د): "وقت العلوق" .

(٥) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د)، وكان في الاصل : "فلا يصح من تصديق" ، وما ثبت أصح .

فإن أمكن إيجاب قيمة الولد عليه يمكن إثبات حكم الغرور، فيعتق الولد، وإلا فلايعتق [١]، وإن لم يكن الاستيلاد بناء على سبب الملك، لا يعتق الولد أصلا.

والثاني: أن المولى في استيلاد جارية المكاتب مغرور؛ لأنه ليس له فيها ملك، ولا حق التملك؛ لأنه محجور عن تملك أكسابه، وعن التصرف فيها، إنما له سبب الملك، وهو ملك رقبة المكاتب.

إذا عرفنا هذا نقول: في الباب فصول ثلاثة:

الفصل الأول: قال محمد رحمه الله:

مكاتب اشترى أمة، فحبلت في ملكه، وولدت ولدا، فادعى المولى ولدها، لم تصح دعوته إلا بتصديق المكاتب، وعن أبي يوسف أنه تصح، صدّقه المكاتب في ذلك ام [٢] كذّبه، لأن حق المولى في أكساب المكاتب أقوى من حق الأب في مال [الابن] [٣]، بدليل [٤] أن المولى لو تزوج بجارية من أكساب المكاتب لا يجوز، ولو تزوج الأب بجارية الابن يجوز، ثم حق الأب في مال الابن يكفي لصحة الإستيلاد، فحق المولى أولى.

وجه ظاهر الرواية: وهو الفرق بين المسألتين [٥]، أن دعوة الأب ما صحت باعتبار أنها كسب ابنه، وإنما صحت باعتبار أن له حق تملك مال الابن [٦] عند الحاجة، وقد مست الحاجة إلى صيانة ماله، فيصير متملكا مستولدا ملك نفسه، أما المولى محجوز عن التملك

---

(١) "يعتق" ساقط من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د) "صدقه المكاتب او كذبه".

(٣) "الابن" أثبتناه من (ج) و (د)، جاء فيهما: "من حق الأب في جارية الإبن".

(٤) ،في (ج) و (د): "ألاترى أن المولى".

(٥) وفي (ج) و (د): "وهو الفرق بينهما".

(٦) كذا ثبت في (ج) و (د). ،كان في الأصل: ،إنما صح، لأن للوالد حق تملك مال الإبن".

والتصرف، ولهذا لو أراد أن يأخذ شيئا من أكساب المكاتب لحاجة الأكل واللبس لا يملك ذلك، ولا يمكن تصحيح دعوته باعتبار أنها كسب كسبه، لأنه لما باشر[1] عقد الكتابة فقد[2] حجر نفسه عن التصرف فى أكسابه، وألحقَ نفسه بالأجانب، ورجح حق المكاتب على حق نفسه، وأثبت له ولاية التصرف، فلا تصح دعوته إلا بتصديق المكاتب[3].

وإنما وضع المسألة فيما إذا حبلت بعد الكتابة، لأنه كان علوق الولد فى ملك[4] المولى، فإن المأذون إذا اشترى أمة، فكاتبه المولى على رقبته وأكسابه، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الكتابة، فادعاه المولى، صحت دعوته من غير تصديق؛ لأن علوق الولد حصل فى ملكه[5]، فلا يبطل حق الدعوة بالكتابة العبد[6]، كما لو باع جارية، فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، فادعاه البائع تصح دعوته؛ لما قلنا كذلك هنا[7].

فإن صدقه المكاتب ثبت النسب؛ لأن الحق لهما لا يعدو هما، فيصح تصديقه، كما لو ادعاه أجنبى، وصدقه المكاتب، ولأنه استولدها وهو مغرور، فإن سبب ملك الجارية قائم للمولى، وهو ملك رقبة المكاتب، إلا أنه لم يفد الملك لمانع، فيكون مغرورا كالمشترى إذا استولد الجارية، ثم استحقت.

---

(١) في (ج) و (د): "لأنه بمباشرة عقد الكتابة"

(٢) "فقد" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في(ج) و (د): "إلا بتصديقه"

(٤) في(ج) و (د): "حتى لا يكون العلوق في ملك المولى".

(٥) في(ج) و (د): "لأن العلوق حصل في ملك".

(٦) "العبد" ساقط من (ج) و (د).

(٧) "كذلك هنا" ساقط من(ج) و (د).

ولا يقال: إذا كان مغرورا فى الاستيلاد وجب أن لا يتوقف ثبات النسب على التصدق، لأنا نقول: إنما اعتبرنا تصديق المكاتب ليثبت الإعلاق منه، حتى قالوا لو كان وطئ المولى ظاهرا لا يشترط تصديقه. وإذا ثبت النسب الولد[1] يضمن قيمة الولد للمكاتب، لأن ولد المغرور حر بالقيمة.

وهذا وما لو اشترى جارية، واستولدها، ثم استحقت سواء، إلا أن ثمة يضمن قيمة الولد للمستحق[2] يوم الخصومة، [وهنا يوم الولادة][3]، حتى لو هلك الولد قبل الخصومة لا يضمن، وهنا يضمن المولى قيمة الولد يوم الولادة.

وفرق بين مسألتنا هذه وبين مسألة الشراء من وجوه ثلاثه[4]: أحدها: هذه، والثاني: أن في مسألتنالا يثبت النسب إلا بتصديق المكاتب، وفي مسألة الشرى يثبت النسب، وإن كذبه المستحق[5]، والثالث: أن في مسألة الشرى إذا علم[6] المشترى بعدم الملك، ويغصب البائع لا يثبت النسب، ولا يكون مغرورا، وفي مسألتنا هذه يكون مغرورا[7]، علم بعدم الملك لنفسه أو لم يعلم.

أما الأول يقول[8]: إنما يضمن قيمة الولد هنا يوم الولادة، وثمة[9] يضمن قيمته

---

(١) في(ج) و (د): "منه".

(٢) "للمستحق" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين اثبتناه من (ج) و (د).

(٤) وجاء في(ج) و (د): "فرق بين مسألتنا وبين الشراء من وجوه".

(٥) جاء في (ج) و (د): "أن هنا لا يثبت التسب إلا بتصديق، وثمة يثبت، وإن كذبه المشترى".

(٦) في (ج) و (د): "أن ثمة إذا علم".

(٧) في(ج) و (د): "وهنا يكون مغرورا".

(٨) "يقول" ساقط من(ج) و (د).

يوم الخصومة، لأن فى مسألة[1] الشراء المستولد غاصب فى زعم المستحق، وولد المغصوب أمانة عندنا، وإنما يضمن بالمنع عند الطلب، ولم يوجد الطلب قبل الخصومة، فيضمن قيمته يوم الخصومة، أما في مسألة المكاتب[2]، المولى ليس بغاصب في زعم المكاتب، بل هو مستولد بناء على سبب الملك، متلف الولد بإعتاقه من وقت العلوق، فكان سبب الضمان هو الاستهلاك عقيب العلوق إلا أنه لايملك إعتبار قيمته قبل الولادة، فيعتبرقيمته في أول اوقات الإمكان، وذلك بعد الولادة، كاحد الشريكين في الجنين إذااعتقه وهو موسر، يضمن نصف قيمته يوم الإنفصال.

وأما وجه الفرق[3] الثاني: أن في مسألة المكاتب المولى علم بحرمة الوطي، فكان الظاهر عدم الوطي والإعلاق، فلا يصدق في ذلك[4] إلا بتصديق المكاتب، وفي مسئلة الشراء الوطئ حلال بزعم المشتري، فلم يكن في الوطئ والإعلاق مكذبا بحكم الظاهر، فلا يتوقف ثبوت النسب على التصديق المستحق[5].

وأما الثالث: أن سبب ثبات النسب في الفصلين الغرور، و في فصل[6] الشراء إذا علم المشتري بغصب البائع، فقد علم أن هذا الشراء ليس بسبب للملك من حيث الظاهر، فلا يكون مغرورا، فلا يثبت النسب، ولا يكون مستحق النظر.

---

(٩) في(ج) و (د): "لا" مكان "ثمة".

(١) في(ج) و (د): "في وقت الشراء".

(٢) "في مسألة المكاتب" ساقط من(ج) و (د).

(٣) "وجه الفرق" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في(ج) و (د) : "فلا يصدق فيه إلا".

(٥) "المستحق" ساقط من(ج) و (د).

(٦) "فصل" ساقط من(ج) و (د).

أما في مسئلتنا سبب الغرور للمولى قيام ملك رقبة المكاتب، وذلك قائم على كل حال، فكان مغرورا، وإذا صدقه المكاتب. وثبت النسب من المولى، وغرم قيمة الولد، يغرم عقر الجارية، ولاتصير الجارية أم ولد.

فرق بين هذا وبين الأب إذا استولد جارية ابنه، حيث تصير الجارية أم ولد له، ولا يلزم العقر.

وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف أنه قال في الأب أيضا: يغرم العقر، ولا تصير الجارية أم ولد له، قال ابن سماعة: وهذا قوله الآخر الذي استقرّ عليه، فعلى هذه الرواية سوّى بينهما.

و وجه التسوية: أن الأب مغرور في هذا الاستيلاد؛ لأنه اعتمد دليلا للملك، و هو ظاهر قوله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك»[1]، وانعدم الملك، فكان بمنزلة المشتري والمتزوج. وإذا ثبت النسب بالغرور[2]، وحصلت حرية الولد بالقيمة اندفعت الحاجة إلى تملك الجارية، فلا يتملكها، كما لو استولدها بنكاح، أو شبهة نكاح.

---

(١) أخرجه ابن ماجه من حديث جابر بن عبد الله أن رجلا قال: يارسول الله! إن لي مالا وولدا، وإن أبي يريد أن يجتاح مالي، فقال: «أنت ومالك لأبيكَ» كتاب التجارات، باب ماللرجل من مال ولده، الحديث ٢٢٩١، وانفرد به ابن ماجه.

كما أخرجه في نفس الباب من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه بلفظ: قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إن أبي اجتاح مالي، فقال: «أنت ومالك لأبيك». وقال رسول الله ﷺ: «إن أولادكم من أطيب كسبكم، فكلوا من أموالهم» الحديث ٢٢٩٢ وأخرجه الإمام أحمد في مسنده بلفظ: «أنت و مالك لوالدك، إن أطيبَ ما أكلتم من كسبكم، وإن إموال أولادكم من كسبكم، فكلوه هنيئا) الحديث ٦٦٤٠ و ٦٩٦٢.

(٢) "بالغرور" ساقط من(ج) و (د).

وجه ظاهر الرواية؛ وهو الفرق بين الفصلين: أنه ليس للأب في مال الابن ملك، ولا سبب ملك، ولا حق ملك، ولهذا يملك الابن جميع التصرفات التي لا يبقى معها حق الغير بلا ضمان، إنما له مجرد إضافة ملك لا أثر لها إلا في إسقاط الحد، فلا يثبت النسب إلا بتملك الجارية، فيصير متملكا سابقا على الوطئ، فيصير واطئا ملك نفسه، فيثبت ما ذكرنا من الأحكام.

أما المولى له حق ملك في أكساب المكاتب - ويعني بذلك سبب الملك - ولهذا لو تزوج بجارية من أكساب مكاتبه، لا يصح، إلا أنه لا يصدق[1] في الوطئ والإعلاق، فإذا ثبت ذلك بالتصادق لا حاجة إلى تملك الجارية، فلا يتملكها، فلا تصيرا لجارية[2] أم ولد له، ويلزمه العقر.

هذا إذا جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدا منذ ملكها المكاتب، فإن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ ملكها المكاتب، فادعاه المولى، إن كذبه، لا يثبت النسب لما قلنا، وإن صدقه ثبت؛ لأنه لو ادعى ولد أمة أجنبي، فصدقه ثبت النسب، فهذا أولى، ولا يجب العقر للمكاتب، ولا يعتق الولد.

أما عدم وجوب العقر، فلأنه أقر بالوطئ في ملك الأجنبيوهوالبائع[3]، ولا يعتق الولد؛ لأن العلوق إذا لم يكن في ملك المكاتب لم يكن المولى مغرورا، فلا يعتق بحكم الغرور، ولا يعتق ضرورة ثبات النسب، فإن المكاتب لو اشترى ابن مولاه لا يعتق، لأن الحرية لم تثبت وقت العلوق، لو ثبت بعد ذلك كان إعتاقا، والمولى لا يملك إعتاق عبد المكاتب؛ لأن الثابت للمولى في أكساب المكاتب شبهة الملك، وشبهة الملك لا تكفي

---

(١) في (ج) و (د): "يصح".

(٢) "الجارية" ساقط من(ج) و (د).

(٣) "وهوالبائع" ساقط من(ج) و (د).

لولاية الإعتاق، ولا لثبوت العتق بحكم القرابة.

وكذا المكاتب إذا اشترى غلامامن السوق[١]، فادعى المولى نسبه، إن كذبه المكاتب[٢] لا يصح، وإن صدقه يثبت النسب، ولا يعتق لما قلنا.

الفصل الثاني: في مكاتبة المكاتب:

رجل اشترى عبدا، وكاتبه، ثم إن المكاتب اشترى أمة، فكاتبها، فجاءت بولد، فادعاه المولى لا يثبت النسب إلا بالتصديق لما قلنا، ويكون الولد مكاتبا مع أمه.

ثم المسئلة بعد ذلك من وجوه[٣]: إما إن صدقه المكاتب والمكاتبة، أو كذباه، أو صدقه أحدهما، وكذبه الآخر، وكل ذلك على وجهين: أما إن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ كوتبت المكاتبة، أو لأكثر.

فإن كذباه لا يثبت النسب لما قلنا، وإن صدقته المكاتبة ثبت النسب؛ لأنها بعقد الكتابة اختصّت بمكاتبتها، وصارت أحق بها من المكاتب، والولد من أكسابها، بخلاف ما تقدم، فإنه لا يعتبر تصديق الأمة؛ لأنه لا حق لها في نفسها، إنما الحق للمكاتب، فيعتبر تصديق المكاتب، اما ههنا بخلافه[٤] فإذا صدقته ثبت النسب، ويحمل على أنها زوجت نفسها منه، فولدت بحكم نكاح الفاسد، ولا يعتق الولد؛ لأن ولد المغرور لا يعتق إلا بالقيمة، وتعذر إيجاب القيمة ههنا؛ لأنها لو وجبت لا تخلوا[٥] إما أن تجب للمكاتب، أو للمكاتبة، وكلاهما ممتنع.

---

(١) "من السوق" ساقط من(ج) و (د).

(٢) "المكاتب" ساقط من(ج) و (د).

(٣) جاءفي (ج) و (د): "ثم المسألة على وجوه".

(٤) "أما ههنا بخلافه" ساقط من(ج) و (د).

(٥) "لاتخلوا" ساقط من(ج) و (د).

أما الأول: فلأن المكاتب حجر عن التصرف في أكساب المكاتبة، فلا يملك أخذ القيمة، وأما الثاني: فلأنها التزمت الكتابة لحرية نفسها وأولادها، فلا تستحق ضمانا بذلك، وتعذر إثبات الحرية بغير قيمة؛ لأن ولد المغرور لم يعرف حرا بدون قيمة.

فإن قيل: يجوز أن تجب القيمة للمكاتب بحرية الولد، فإنه لو تزوج بمكاتبة على ظن أنها حرة، فولدت ولدا، ثم تبين أنها مكاتبة، كان الولد حرا بالقيمة، وتجب القيمة للمكاتبة على المولى[1].

قلنا: مقصود المكاتبة بعقد الكتابة حصول حريتها، وحرية أولادها من جهة المولى، لا من جهة غيره؛ لأنها رضيت بولاء المولى لا ولاء غيره، وفي تلك المسئلة لم يحصل لها حرية الولد من جهة المولى، لو حصل إنما يحصل من جهة الزوج، فجاز أن تجب لها القيمة، أما ههنا بخلافه[2] لو وجبت القيمة تجب على من استحقت عليه العتق بالأداء إليه، وطلبت منه حرية الأولاد، ورضيت بولائه، وهو مولى المكاتب.

ألا ترى أنها لو أدت البدل الكتابة قبل أداء المكاتب تعتق، ويكون ولاؤها للمولى، فلا يمكنها أخذ القيمة مع حصول المقصود، وإذا لم يعتق الولد بقي مكاتبا مع أمه.

فإن أدت المكاتبة عتقت هي، وولدها، وإن عجزت المكاتبة، وردت في الرق عتق الولد بالقيمة؛ لأنها صارت أمة المكاتب، ودعوى المولى قائم، ونسب الولد ثابت بتصديق من كان له حق التصديق، وهي المكاتبة، فصار كأنه ادعى بعد العجز، وصدقه المكاتب، وثمة يثبت النسب، ويكون الولد حرا بالقيمة لما مر، كذلك هنا، ويعتبر قيمة الولد يوم العجز، بخلاف ما تقدم؛ لأن فيما[3] عتق الولد يوم العلوق، فتعتبر قيمته يوم العجز لا

---

(١) في(ج) و (د): "الزوج".

(٢) "بخلافه" ساقط من(ج) و (د).

(٣) في(ج) و (د): "ثمة".

يوم العلوق لتعذر إيجاب القيمة قبل العجز فيعتبر قيمته يوم العجز[1].

وإن صدّقه المكاتب، وكذّبته المكاتبة، لا يثبت النسب؛ لأن المكاتب محجور عن التصرف في أكساب المكاتبة، فلا يصح تصديقه، ويكون الولد مع الأم مكاتبين للمكاتب، فإن أدت المكاتبة عتقا لوجود الشرط، وإن عجزت صحت الدعوة، ويثبت النسب من المولى، وكان الولد حرا بالقيمة؛ لأنها لما عجزت، وصارت أمة للمكاتب، ودعوة المولى قائمة، وقد صدقه المكاتب، وهو من أهل وجوب القيمة الولد، عتق الولد.

ثم ينظر: إن كانت ولدته لأقل من ستة أشهر منذ كوتبت، كان على المولى قيمته يوم الولادة، وإن كانت ولدته لستة أشهر منذ كوتبت[2] كان على المولى قيمته يوم العجز.

والمعنى فيه: أنها إذا ولدته لأقل من ستة أشهر منذ كوتبت، كان علوق الولد في ملك المكاتب قبل ثبوت حق المكاتبة، فعند ثبات النسب يستند التصديق إلى وقت العلوق، ويكون التصديق في زمان هو غير محجور عن التصرف في أكساب الأمة، ويصير مستهلكا للولد من وقت العلوق، إلا أنه لا يمكن اعتبار قيمته [يوم العلوق][3]، فتضمن قيمته يوم الولادة، أما إذا ولدته لستة أشهر منذ كوتبت، كان العلوق الولد بعد ثبوت حق المكاتبة، والتحاق المكاتب بالأجانب، فتعذر اسناد التصديق إلى وقت العلوق؛ لانه محجور عن التصرف في أكسابها وقت العلوق، فلم يكن مستهلكا للولد على المكاتب يوم العلوق، وإنما يصير مستهلكا عليه عند ثبات النسب، وذلك عند العجز على الوجه الذي ذكرنا في وجه تصديق المكاتبة، وعجزها بعد ذلك، فلهذا يضمن قيمته يوم العجز.

---

(١) من قوله: "لا يوم العلوق" إلى: "قيمته يوم العجز" ساقط من(ج) و (د).

(٢) "منذ كوتبت" ساقط من(ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د)، وكان في الاصل: "يوم الولادة"، وماثبت هو الأصح.

فإن قيل: إذا كان علوق الولد قبل كتابة المكاتب، ينبغي أن يثبت النسب بتصديق المكاتب؛ لأن علوق الولد كان في ملكه.

قلنا: علوق الولد وإن كان في ملكه إلا أنه لما زال الملك بعقد الكتابة، والتحق بالأجانب لا يعتبر تصديقه، كالابن إذا باع جارية حاملا، فولدت لأقل من ستة أشهر، فادعاه الأب، لا تصح دعوته، كذلك ههنا، وإن كذباه لا يثبت النسب؛ لأن في تكذيبهما تكذيب المكاتبة، وإن صدقه المكاتب والمكاتبة، يثبت النسب؛ لأن في تصديقهما تصديق المكاتبة، وتصديق المكاتبة يكفي لثبات النسب، فتصديقهما أولى.

ثم ينظر: إن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ كوتبت المكاتبة، كان الولد حرا بالقيمة؛ لأنهم تصادقوا على أن علوق الولد كان قبل ثبوت حق المكاتبة، وإنه حرام قبل كتابة المكاتب بحكم الغرور، وكان عليه قيمته للمكاتب يوم الولادة لما مر[1].

وإن جاءت به لستة أشهر منذ كوتبت المكاتبة[2]، كان الولد مكاتبا مع الأم؛ لأن علوق الولد كان بعد ثبوت حق المكاتبة، ولا يمكن إيجاب القيمة لها، فيكون الولد مكاتبا، فإن عجزت المكاتبة أخذ المولى الولد بقيمته يوم العجز، لما مر.

ثم عاد إلى الوجه الثاني، فقال: ولو صدقه المكاتب، وكذبته المكاتبة، ولم يثبت النسب، ثم أدى المكاتب، فعتق، ينظر إن كانت ولدته لأقل من ستة أشهر منذ كوتبت يثبت النسب، ويكون حرا بالقيمة؛ لأن المكاتب لما صدقه، فقد ظهر أن المولى كان مغرورا في الاستيلاد، وأن علوق الولد حصل في ملك المكاتب في حال أمكن جعله حرا بالقيمة، وهو ما قبل ثبوت حق المكاتبة، إلا أنه لا يعمل إقراره لمانع، وهو حق المكاتبة وقت الإقرار.

---

(١) زاد هنا في (ج) و (د): "فكان مغرورا لما مر".

(٢) "المكاتبة" ساقط من (ج) و (د).

فإذا أدى المكاتبُ، وعتق، وهو مصرّ على إقراره، عمل إقراره؛ لأن المولى الحر يملك إعتاق ولد المكاتبة، فيملك الإقرار بحريته أيضا، فيعتق الولد بإقراره، ويثبت النسب من المولى؛ لأن المكاتب كما أقرّ بحرية الولد أقرّ بنسبه، والولد في يده.

ومن ادعى صبيا حرا في يد إنسان، وصدقه الذي في يده، ثبت النسب، ويضمن المولى قيمة الولد يوم[1] الولادة للمكاتب؛ لأنه أقر بإتلاف الولد على المكاتب، فيضمن له القيمة.

هذا إذا كان الولد صغيرا لا يعبّر عن نفسه، فإن كان قد كبر الولد، فادعاه المولى، وصدقه المكاتب، عتق الولد بإقرار المكاتب، ويرجع في النسب إلى تصديق الولد، كما لو ادعى المولى نسب عبده، وهو كبير، يرجع إلى تصديق الغلام، إن صدقه يثبت النسب، وإلا فلا؛ لأن الإقرار بالنسب إقرار بما ينفع الولد، وقول الصغير معتبر فيما ينفعه.

وذكر في "العتاق"[2]: إذا قال لعبده: "هذا ابني"، وانه مجهول النسب، وهو يصلح ولدا لمثله، إلا أنه كبير، يعبر عن نفسه، الصحيح أنه لا يتوقف ثبات النسب على تصديق الغلام، لكنه يرتد برده.

وفرق بينه وبين ما إذا قال: "هذا أبي"، فإنه يتوقف النسب على التصديق.

هذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من حين[3] كوتبت، فإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت كتابة الأم، لا يعتق الولد، بل يكون مكاتبا مع أمه؛ لأن تصديق المكاتب في هذا الوجه لا يكون إقرارا بحرية الولد، لاحتمال أن علوقه كان بعد كتابة الأم، ولو كان العلوق بعد الكتابة لا يمكن إيجاب القيمة، وبدونه لا يعتق الولد، فلا يكون تصديق

---

(١) "الولد يوم" ساقط من(ج) و (د).

(٢) أي كتاب العتاق من «كتاب الأصل».

(٣) في(ج) و (د): "من ستة أشهرمنذ كوتبت".

المكاتب في هذا الوجه إقرارا بحرية الولد بالشك.

وإذا لم يعتق الولد لم يصر في يد المكاتب، بل يبقى في يد المكاتبة، فلا يثبت النسب إلا بتصديقها، ولم يوجد، بخلاف ما إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت [كتابة](1) الأم؛ لأن ثمة إقرار المكاتب بعلوق الولد منه في زمان يمكن إيجاب القيمة، فكان إقراره(2) إقرارا بحرية الولد، فإن عجزت المكاتبة بعد ذلك، وردّت في الرق، كان الولد حرا بالقيمة، ويثبت النسب من المولى؛ لأنها عجزت و انفسخت(3) الكتابة من الأصل، صار العلوق في أمة المكاتب، وقد صدقه المكاتب، فيثبت النسب، ويغرم المولى قيمة الولد للمكاتب يوم عجزت، وهي مسئلة أول الباب.

وإن لم يفجر المكاتبة ولكنها أدت بدل الكتابة، عتقت(4)، وعتق الولد معها، لما عرف، ولا يثبت نسب الولد من المولى؛ لأن تصديق المكاتب لم يعمل في إثبات النسب قبل عتقها؛ فلا يعمل بعد عتقها، وتقرر حقها بطريق الأولى، إلا إذا كبر الولد، وصدق المولى، فحينئذ يثبت بتصديقه، ولا يلزمه قيمة الولد؛ لأن الولد عتق بعتق الأم قبل ثبات النسب من المولى، كمن ادعى نسب معتَق إنسان، وصدقه المعتق، حتى ثبت النسب من المدعي، لا يغرم المدعي قيمته.

وكذا لو كان صغيرا لا يعبر، فصدقته المكاتبة بعد عتقها يثبت النسب؛ لأن للأم ولاية على الصغير فيما ينفع الصغير، كقبول الهبة، وثبات النسب مما ينفع الولد، فكان تصديقها كتصديقه، ولا ضمان على المولى لما قلنا.

---

(1) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من(ج) و (د).

(2) "اقراره" ساقط من(ج) و (د).

(3) في(ج) و (د): "لأنه لما انفسخت"

(4) في(ج) و (د): "وإن أدت البدل، عتقت".

ثم عاد إلى أصل المسئلة، فقال: لو أن المكاتب كاتب أمته، ثم أدى المكاتب، بدل الكتابة[١] و عتق، ثم ولدت المكاتبة ولدا، فادعاه المولى، فهذا على وجهين: إن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت العتق، ولأكثر من ستة أشهر منذ كوتبت، فهذا وما لو ولدت قبل عتق المكاتب سواء؛ لأنا تيقنا أن علوق الولد كان بعد كتابة الأم، وثبوت حقها، والعبرة لحالة العلوق، لا لحالة الولادة.

وإن ولدت لستة أشهر فصاعدا منذ عتق المكاتب ينظر: إن زعم المولى أنه وطئها بعد العتق، فصدقاه، أو صدقه أحدهما، لا يثبت النسب من المولى؛ لأنه أقر أنه استولدها بعد عتق المكاتب، وليس للإنسان في مكاتبة معتقه حق ولا تأويل، فكان زنا محضا، فلا يثبت النسب.

وإن زعم أنه تزوجها بعد عتق المكاتب، فولدت منه على فراشه، فهو على ثلاثة أوجه: إن صدقته المكاتبة ثبت النسب؛ لأنها أقرت على نفسها بسبب الفراش، وهو النكاح. وإن كان فاسدا يصح إقرارها، وكذا إن صدقاه؛ لأن في تصديقهما تصديق المكاتبة، ويكون الولد مكاتبا مع أمه؛ لأنهم تصادقوا أنه استولد مكاتبة معتقه بحكم النكاح، ومن استولد مكاتبة معتقه بحكم النكاح لا يعتق الولد[٢]، و يكون مكاتبا مع أمه،

فإن عجزت المكاتبة ردت إلى الرق، وتكون هي مع الولد ملكا للمكاتب، لا يأخذه المولى بالقيمة؛ لأنه استولدها بالنكاح، فلا تعتق، كما لو كان النكاح ظاهرا.

وإن صدقه المكاتب، وكذبته المكاتبة، لا يثبت النسب؛ لأن تصديقه لا يعمل حال قيام الكتابة؛ لأنه لا يملك إثبات الفراش عليها أصلا، فإن عجزت المكاتبة[٣] بعد ذلك،

---

(١) "بدل الكتابة" ساقط من(ج) و (د).

(٢) قوله: "ومن استولد مكاتبة معتقه بحكم النكاح لا يعتق الولد" ساقط من(ج) .

(٣) "المكاتبة" ساقط من(ج) و (د).

وردت في[1] الرق، صارت أمة للمكاتب الذي عتق، وهو مصر على تصديقه بعد إقراره عليها، فيثبت النسب، ولا يعتق الولد؛ لأنه أقر بالاستيلاد بحكم النكاح، فلم يكن ذلك إقرارا بالحرية، بخلاف ما تقدم.

وإن زعم المولى أنه علق منه بوطئ كان منه قبل عتق المكاتب، فهو على وجوه أيضا: إن صدقاه جميعاً، يثبت النسب من المولى، ويكون مكاتبا مع أمه، لأنهم تصادقوا[2] أنه علق قبل عتق المكاتب، فكان مدعيا ولد مكاتبة المكاتب، ومن ادعى ولد مكاتبة المكاتب، وصدقته المكاتبة يثبت النسب، ويكون الولد مكاتبا مع أمه، كذلك هنا.

فإن عجزت بعد ذلك[3]، و ردت في الرق، أخذ المولى الولد بقيمته يوم عجزت؛ لأنها لما عجزت[4] انفسخت الكتابة من الأصل، وصارت الدعوة في ولد أمة المكاتب، وقد صدقه المكاتب، فتجب القيمة، وإن صدقته المكاتبة، وكذبه المكاتب يثبت النسب؛ لأن حق التصديق لها، ولا يعتق الولد لما مر.

فإن عجزت، وردت في الرق، كان الولد مع الأم[5] مملوكين للمكاتب؛ لأن المولى منكر علوق الولد قبل عتقه، فكان جاحدا للغرور وبعجز المكاتبة[6]، صار الحق للمكاتب في الجارية والولد، فلا يعمل تصديقها في حقه بإبطال ملكه عليه.

وإن كذبته المكاتبة، وصدقه المكاتب، لا يثبت النسب لما مر، فإن عجزت

---

(١) "في" ساقط من(ج) و (د).

(٢) في(ج) و (د): "لتصادقهم".

(٣) "بعد ذلك" ساقط من(ج) و (د).

(٤) في(ج) و (د): "لأنه لما انفسخت".

(٥) كذا(ج) و (د)، وفي الأصل: "مع أمها"، وهوخطأ.

(٦) في(ج) و (د): "وبعجزها".

المكاتبة[١]، وردت في الرق أخذ المولى الولد بقيمته يوم العجز؛ لأن المولى مصر على إقراره، فإذا صار الحق في الجارية والولد، صارت الدعوة دعوة ولد[٢] أمة المكاتب، فإذا صدقه المكاتب يثبت النسب، ويكون الولد حرا بقيمته يوم عجز المكاتبة؛ لما مر غير مرة.

الفصل الثالث:

مكاتب كاتب أمة له، ثم اشترت المكاتبة أمة، فولدت الأمة ولدا، فادعى مولى المكاتب الولد، لا يثبت النسب إلا بتصديق المكاتبة؛ لأن الجارية مع أولادها كسب المكاتبة، وقد صارت هي أحق بنفسها وأكسابها، والأمة لا حق لها في نفسها، فكان التصديق إلى المكاتبة[٣].

فإن صدقته ثبت النسب؛ لأنها لو صدقت أجنبيا في دعوى ولد الأمة يصح، فهذا أولى، ولا يعتق الولد؛ لأن المكاتبة لو صدقت مولى المكاتب في ولد نفسها لا يعتق الولد، فولد الأمة أولى، وإذا لم يعتق الولد كان عبدا للمكاتبة[٤]، ولا يكون مكاتبا، بخلاف ولد المكاتبة؛ لأن الكتابة تسري إلى ولدها، ولا تسري إلى ولد الأمة.

فإن عجزت المكاتبة[٥]، صارت هي وأمتها أمتين للمكاتب، ويصير المولى مدعيا ولد أمة المكاتب، فينظر: إن ولدت لأكثر من ستة أشهر منذ اشترتها المكاتبة، أخذ المولى الولد بالقيمة يوم العجز؛ لأن كتابة المكاتبة انفسخت من الأصل، وصار علوق الولد[٦]

---

(١) "المكاتبة" ساقط من(ج) و (د).

(٢) في(ج) و (د): "دعوة أم ولد".

(٣) في(ج) و (د): "التصديق إليها".

(٤) في(ج) و (د): "يكون ملكا للمكاتبة".

(٥) "المكاتبة" ساقط من(ج) و (د).

(٦) "الولد" ساقط من(ج) و (د).

في أمة المكاتب، وقد يثبت النسب بتصديق المكاتبة قبل العجز، والنسب متى ثبت بتصديق من له ولاية التصديق لا يبطل بعد ذلك، وصار تصديقها كتصديق المكاتب، فيكون الولد حرا بالقيمة، كما لو ادعى ولد أمة المكاتب، وصدقه المكاتب.

وإن ولدت لأقل من ستة أشهر منذ اشترتها المكاتبة، لا يعتق هذا[1] الولد أصلا؛ لأنا تيقنا أن العلوق كان سابقا على ملك المكاتبة، بل كان في ملك بائعها، فلم يكن المولى مغرورا.

فلو أن الجارية المكاتبة لم تعجز حتى أدى المكاتب البدل، وعتق، ثم عجزت المكاتبة، وردت في الرق، أو[2] مات المكاتب عن وفاء، ثم عجزت المكاتبة، فالحكم فيه أنها إن جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر منذ اشترتها المكاتبة عتق الولد، وإلا فلا، لما مر أن المعتبر حالة العلوق، فيشترط قيام الحق، أو التأويل لثبوت الغرور وقت العلوق، ولو لم يكن شيء من ذلك لكن عجز المكاتب، أو مات عاجزاً، يصير قنا لمولاه، وتصير المكاتبة مكاتبةً للمولى، فيصير المولى[3] مدعيا ولد أمة مكاتبته، وصدقته، فتصير هذه المسئلة، ومسئلة أول الباب سواء.

ـ والله أعلم ـ

---

(١) "هذا" ساقط من(ج) و (د).

(٢) في(ج) و (د): "إن مات".

(٣) قوله: "فيصير المولى" ساقط من(ج) و (د).

باب الإقرار بالرق لمكاتبة المكاتب وغير ذلك

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن إقرار الإنسان يقتصر عليه[1]، ولا يتعدى إلى غيره إلا ما كان من ضرورات المقر به[2]؛ لقيام ولايته على نفسه، وعدم ولايته على غيره.

والثاني: أن الثابت بحكم الظاهر يجوز إبطاله بدليل أقوى منه.

---

(١) الإقرار سيّد الأدلة لانتفاء التهمة فيه، لكنه حجة قاصرة، كما مرّ في مواضع كثيرة، فيصحّ الإقرار على نفسه، ولايصحّ على غيره، ووجّه له الإمام الحصيري خير توجيه فقال: لأن له ولاية على نفسه وعلى غيره لا، وهذا لأنه خبر متميّل بين الصدق والكذب، فكان محتملا باعتبار ظاهره، والمحتمل لايكون حجة، لكنه جعل حجة بدليل مَعقول: وهو رجحان جانب الصدق على جانب الكذب فيه، لأنه غير متهم فيما يقرّ به على نفسه، بل ربما يمنعه الطبع والنفس الأمّارة بالسوء عن الإقرار بالصدق، فلظهور دليل الصدق فيما يقرّ به على نفسه، جعل حجة عليه، وفي حق الغير ربما يحمله الطبع على الإقرار بالكذب، فكان متهما فيه، فلايجعل حجة في حق غيره، وإليه أشار الله تعالى في قوله عزّ وجل: ﴿بلِ الإنسان على نفسه بصيرة﴾ (القيامة: ١٤). «التحرير في شرح الجامع الكبير» كتب الإقرار مخطوط ٢/ ٦٥٥ وانظر «القواعد والضوابط الفقهية» ص ٣٢٤.

(٢) قوله: "إلا ما كان من ضرورات المقر به"، نقل العلامة ابن نجيم خمسة مستثنيات من تلك القاعدة، فليرجع «الفوائد الزينية في مذهب الحنفية» لابن نجيم، ص ١٣٢. تقديم: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان.

إذاعرفنا هذا، قال محمد رحمه الله:

مجهول النسب إذا اشترى عبدا فكاتبه، ثم إن المكاتب إشترى أمة، فكاتبها، ثم أقر المجهول أنه عبد المكاتبة السفلى، وصدقته المكاتبة، وكذبه المكاتب الأعلى، صح إقراره في نفسه، فيصير عبدا للمكاتبة السفلى، ولايصح في حق المكاتب، والمكاتبة السفلى[١] مكاتبة على حالها، والمكاتب مكاتب على حاله.

أما صحة الإقرار في نفسه؛ لأن حريته ثابتة بحكم الظاهر، لكونه في دار الأحرار، لا بدليل موجب، فكانت محتملة للبطلان، ولايصدق في حق غيره؛ لأن المكاتب الاعلى[٢] استحق اليد على نفسه، ومكاسبه بعقد الكتابة، وكذ المكاتبة، فلا يصح إقراره في حقهما، هذا كمجهولة النسب إذا كانت تحت زوج[٣] فأقرت بالرق لإنسان[٤]، وصدقها المقر له، وكذبها الزوج، صح إقرارها في حق نفسها، ولا يبطل النكاح.

ولا يقال: بان[٥] المكاتب استحق العتق من جهة المقر، وقد صار عبدا للمكاتبة السفلى، فلو بقي المكاتب مكاتبا، يبقى مكاتبا لعبد مكاتبته، وبينهما تناف فلا يبقى، كمجهولة النسب إذا أقرت أنها بنت[٦] أب زوجها، وصدقها المقر له، يثبت النسب، ويبطل النكاح؛ لأنه لا وجه لبقاء النكاح بعد ثبات النسب، كذلك هنا؟

---

(١) "السفلي" ساقط من(ج) و (د).

(٢) "الاعلى" ساقط من(ج) و (د).

(٣) قوله: "كانت تحت زوج" ساقط من(ج) و (د).

(٤) كذا في الاصل، وجاء في(ج) و (د): "كمجهولة النسب إذا اقرت بالرق".

(٥) في(ج) و (د): "ولا يقال: المكاتب استحق العتق".

(٦) في(ج) و (د): "ابنة".

لأنا نقول: الأختية لا تجامع النكاح، فكان فساد النكاح من لوازم النسب، فيبطل النكاح ضرورة، أما بطلان الكتابة ليس من ضرورات ثبوت[1] الرق، ألا ترى أن المكاتب الرجل إذا اشترى أمة، وكاتبها، ثم إن المكاتبة اشترت عبدا، وكاتبته، ثم عجز المكاتب الأول، فباعه المولى من المكاتب الأسفل، جاز، وبقيت كتابة المكاتبة، وكتابة المكاتبة الأسفل، وتصير المكاتبة مكاتبة من جهة عبد مكاتبتها، فلما كان متصورا في الجملة لم يكن من ضرورات ثبوته بطلان كتابة مكاتبته، فلاتبطل.

وإذا بقيت الكتابتان يؤدي المكاتب بدل الكتابة إلى المكاتبة، فيعتق؛ لأن بدل الكتابة في ذمة المكاتب كان لمجهول النسب[2]، فإذا أقر المجهول بالرق، صار هو وجميع كسبه ملكا للمكاتبة[3]، ولا ضرر للمكاتب في ذلك، فصح إقراره بذلك، فيؤدي المكاتب بدل الكتابة إلى المكاتبة، فيعتق.

وإن أدى المكاتب بدل الكتابة[4] إلى المجهول هل يعتق؟ لم يذكرهذا في الكتاب، واختلفوا فيه، قال بعضهم: يعتق؛ لأنه كان يعتق بالأداء البدل[5] إليه قبل الإقرار، فلا يبطل ذلك[6] بإقراره، وقال بعضهم: لا يعتق، وإليه مال شمس الأئمة الحلواني، والقاضي الإمام علي السغدي رحمه الله عليهما.

ووجهه ذلك: أنه لما بقيت الكتابتان، وصح إقراره بالرق، يجعل كأن المجهول كان

---

(١) "ثبوت" ساقط من(ج) و (د).

(٢) في(ج) و (د): "كان للمجهول".

(٣) في(ج) و (د): "وجميع مكاسبه للمكاتبة".

(٤) "بدل الكتابة" ساقط من(ج) و (د).

(٥) "البدل" ساقط من(ج) و (د).

(٦) "ذلك" ساقط من(ج) و (د).

وكيلا في عقد[1] الكتابة، والوكيل بالكتابة لا ترجع إليه الحقوق، فلا يعتق بالأداء إليه، ويجعل كأنه مات المجهول، وإنما يرد إقراره فيما يبطل على الغير حقا مقصودا، ومقصود المكاتب العتق، وهو حاصل له في الحالين، وكذا المكاتبة تؤدي البدل الكتابة[2] إلى المكاتب، فتعتق؛ لأن المكاتب بعقد الكتابة[3] استحق عليها البدل، ولم يبطل الكتابة، فيؤدي كل واحد منهما بدل الكتابة إلى صاحبه.

ثم بعد ذلك المسئلة على وجوه أربعة: إما أن يؤدي أحدهما أولا ثم الآخر، أو يؤديان معا، أو عجزا معا، أو على التعاقب.

فإن أدت المكاتبة أولا، عتقت؛ لوجود شرطه، ولا ولاء عليها؛ لأنها عقت على المكاتب، المكاتب ليس من أهل الولاء؛ لأن أهل الولاء من كان أهلا للولاية والنصرة، والرق ينافي ذلك، وهو مصدق في حق نفسه، فلا يثبت له الولاء، ولا لمكاتبه أيضا؛ لمكان الرق.

فإن أدى المكاتب إليها بدل الكتابة[4] بعد ذلك عتق لوجود شرط العتق، و ولاؤه للمكاتبة؛ لأن المكاتبة حرة وقت عتق المكاتب، فكانت من أهل الولاء وقت ثبوته. فأيهما أدى البدل أولا، يكون مولى[5] عليه للآخر، ولو أديا معا، أو حلّ المالان معا، وهما من جنس واحد، حتى وقعت المقاصّة، وعتقا، فلا ولاء لأحدهما على الآخر؛ لأن الولاء إنما يثبت بالعتق، وكل واحد منهما ليس من أهل الولاء حال عتق صاحبه لمكان الرق، وكما لا

---

(١) "عقد" ساقط من(ج) و (د).

(٢) "الكتابة" ساقط من(ج) و (د).

(٣) في(ج) و (د): "لأن المكاتب استحق عليها".

(٤) "بدل الكتابة" ساقط من(ج) و (د).

(٥) جاءفي(ج) و (د): "لا ولا عليه للآخر".

ينعقد السبب إلا في محله، لا ينعقد إلا من الأهل.

فإن عجز أحدهما صار رقيقا للمكاتبة؛ لأنه لولا إقرار المجهول بالرق، يصير رقيقا للمجهول[1]، والمجهول قد أقر برقيّة نفسه، وأكسابه للمكاتبة، والمكاتب من أكسابه، إلا أنه لم يعمل إقراره لحق المكاتب، فإذا انفسخت كتابة المكاتب عمل إقراره، فصار ملكا للمكاتبة، وعتقت المكاتبة؛ لأن كتابتها كان حقا للمكاتب، فإذا صار المكاتب عبدا لها فرغت ذمتها عن البدل الكتابة، وفراغ ذمة المكاتب عن البدل يوجب العتق[2]، كما لو أبرأ المولى كاتب عن البدل الكتابة[3].

وأما إذا عجزت المكاتبة[4]، فلأنها كانت مملوكة للمكاتب، فعند العجز ترد إلى ملك المكاتب، وما في ذمة المكاتب من البدل الكتابة كان لها[5] بإقرار المجهول، فإذا عادت المكاتبة إلى المكاتب، ملك المكاتب ما في ذمته، ففرغت ذمته عنه، فيعتق لما قلنا، فصار العاجز منهما رقيقا للآخر.

وإن عجزا معا، كان المكاتب مع مجهول النسب مملوكين للمكاتبة؛ لأن المكاتب كان عبدا للمجهول، وقد أقر المجهول بنفسه، أكسابه للمكاتبة، ولم يعمل إقراره لحق المكاتب، فإذا زال المانع بالعجز، عمل إقراره برقبة المكاتب للمكاتبة.

فإن قيل: عجز كل واحد منهما عند الانفراد يوجب عتق الآخر، فعند الاجتماع

---

(١) في(ج) و (د): "رقيقا له".

(٢) جاءفي(ج) و (د): "وأنه يوجب العتق،".

(٣) في(ج) و (د): "المولى المكاتب عن البدل.".

(٤) جاءفي(ج) و (د): "إذا عجزت المكاتبة أولاً".

(٥) ثبت في(ج) و (د): "من البدل كان لهما بإقرار".

لماذا ترجح جانب المكاتبة؟

[قلنا][1]: لأن المكاتبة لما قبلت الكتابة، فقد أقرت بالرق للمكاتب، ولما أقر المجهول بعد ذلك برقبة نفسه للمكاتبة، والمكاتب يقر بالرق للمجهول كان اقرار المجهول[2] بمنزلة إقرار المكاتب بنفسه للمكاتبة، وإقراره لها آخر الإقرارين، فيجعل آخرهما ناسخا للأول، كرجلين في يدهما عين، كل واحد منهما يقر به لصاحبه، إن أقرا معا بطلا، وإن أقرا على التعقب يبطل الإقرار الأول، فيؤخذ بالثاني، وكذلك رجل أقر أنه مملوك لعبد فلان، ثم أقر مولى ذلك[3] العبد، وهو مجهول أيضا، أنه مملوك لهذا المقر، وخرج الكلامهما معا، كان الرجلان[4] جميعا مملوكين للعبد إذا كان العبد يدعي أنه حر، ولا يقر بالرق لأحدهمالما قلنا[5].

وحكي أن عيسى بن أبان[6] دخل على داود بن علي الأصفهاني[7]، وكان داود

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل واثبتناه من(ج) و (د).

(٢) "كان اقرار المجهول" ساقط من(ج) و (د).

(٣) "ذلك" ساقط من(ج) و (د).

(٤) في(ج) و (د): "وخرج الكلامان معا، كانا جميعا مملوكين".

(٥) "لما قلنا" ساقط من(ج) و (د).

(٦) هو الإمام عيسى بن أبان بن صدقة القاضي، وتقدم ترجمته في ص ٤٠٩.

(٧) هو داود بن على الأصبهانى الظاهرى الفقيه أبو سلمان، ولد سنة مائتين، وقيل: اثنتين ومائتين، ونشأ ببغداد، وفيها مات سنة ٢٧٠هـ. وإنما قيل له الأصبهانى؛ لأن أمه أصبهانية. أخذ العلم والحديث عن إسحاق، وأبى ثور، قال الخطيب: كان إماما، ورعا، زاهدا، ناسكا، ، فى كتبه حديث كثير، لكن الرواية عنه عزيزة جدا، وصنف الكثير.

انظر ترجمته في: وفيات الاعيان ٢/ ٢٥٥، طبقات الشافعية الكبرى، ٢/ ٧٤-٨٠، تاريخ البغداد

يطعن على أصحابنا بين تلامذته، ويقول: إنهم مناقضون في كلامهم، فسأله عيسى عن هذه المسألة فقال داؤد: ماذا يقول القوم؟ يريد به اصحابنا فقال له عيسى:[1] ما تصنع بقولهم وإنهم مناقضون في كلامهم، إني أسألك حتى أسمع قول الشيخ، فجعل يتردد فيه، ويقي متحيّرا، لا يدري كيف يجيب[2].

وكذلك قال: مجهولان يقر كل واحد منهما بالرق لصاحبه، فإن خرج كلامهما معا بطلا؛ لأن كل واحد منهما رد إقرار الآخر، وإن تعاقبا، يجعل الآخر منهما عبدا للأول، كذلك هنا، ولم يذكر في الكتاب إذا عجز المكاتب والمكاتبة معا؛ لأنه لما عجز أحدهما عتق الآخر، وسقط عنه البدل، فلا يتصور عجز الثاني.

ـ والله تعالى أعلم بالصواب ـ

٨/ ٩٦٣، طبقات الفقهاء للشيرازي، ٩٢، الجواهر المضية ٤/ ٥٤٤.

(١) من قوله: "عن هذه المسألة" إلى: "فقال له عيسى" ساقط من(ج) و.

(٢) في(ج) و (د): "يقول".

باب عدة امرأة المكاتب وأم ولده

بنى الباب على ما عرف: أن حق التملك، وهو الملك من وجه يمنع ابتداء النكاح، ولا يمنع البقاء؛ لأن ملك اليمين مبطل للنكاح[1]، والملك من وجه ثابت من وجه دون وجه، فإذا قارن النكاح وقع الشك في انعقاد النكاح، فلا ينعقد بالشك، وإذا طرأ وقع الشك في الارتفاع، فلا يرتفع النكاح بالشك.

ولهذا قلنا إن المكاتب إذا اشترى امرأة مولاه، لا يفسد النكاح، ولو تزوج المولى بأمة من أكساب مكاتبه لا يجوز، وكذلك رجل باع جارية بيعا فاسدا، وسلمها إلى المشتري، ثم تزوجها، لا يصح النكاح، ولو تزوجها ابن البائع، ثم مات البائع، وصار حق الاسترداد للابن، لا يفسد نكاح الابن.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله:

مكاتب اشترى امرأته، لا يفسد النكاح؛ لأن ما للمكاتب في أكسابه حق الملك؛ لأن رقه يمنع ثبوت الملك له، فلا يرفع النكاح، وكان له أن يطأها، ولو بطل النكاح لا يحل له الوطئ؛ لأن ملك المكاتب لا يفيد حل الوطئ؛ لأن حل الوطئ[2] ثبت بالملك من كل وجه، وملك المكاتب ثابت من وجه دون وجه، لما مرّ.

فإن وطئها، فولدت ولدا، كان الولد مكاتبا تبعا له، فإن كبر الولد، ثم مات المكاتب، ولم يدع وفاء، سعت الجارية وولدها فيما بقي من بدل الكتابة على نجوم المكاتب، أما الولد، لأنه ولد في الكتابة، فكان داخلا في الكتابة، فيسعى على نجوم

---

(١) ثبت في(ج) و (د): "اليمين يبطل ملك النكاح".

(٢) في(ج) و (د): "لأنه".

الأب، وأما الأم، لأنها تبع الولد، فإذا ثبت في حق الولد ثبت في حقها.

فرق أبو حنيفة بين الولد المولود في الكتابة، وبين الولد المشترى، فقال: المشترى لا يسعى على نجوم الأب، بل يقال له: إما أن تؤدي الكتابة[1] حالا، وإلا ترّد في الرق.

والفرق ما عرف في الأصل: أن الولد[2] في الكتابة داخل في عقد الكتابة؛ لأنه حين كان متصلا به جزى من اجزائه ثبت عقد الكتابة فيه كما ثبت في الاصل فإذا انفصل[3] انفصل بتلك الصفة، ويبقى العقد ببقائه، فصار الأجل المشروط في العقد حقا له، بخلاف الولد المشترى؛ لأنه كان موجودا ولا عقد، وحين وجد العقد فهو منفصل، فلا يدخل في العقد.

وإنما يثبت حكم الكتابة[4] بسبب ملك المكاتب؛ لأن الحر لو اشترى ابنه يعتق، ليصير مثلا له، فكذا المكاتب إذا ملك ابنه يصير مكاتبا، تحقيقا للاستواء، والأجل المشروط في العقد لا يثبت لغير العاقد، هذا كمن اشترى دارا بثمن مؤجل، فأخذها الشفيع بالشفعة، فإنه يأخذها بثمن حال، ولا يظهر الأجل في حقه، ولأن الولد المولود في الكتابة لما كان داخلا في الكتابة، يبقى العقد ببقائه إذا لم يدع المكاتب مالا[5]، فيسعى على النجوم.

وكذا الأم؛ لأنها تبع، وعليها أن تعتدّ بشهرين وخمسة أيام؛ لأن النكاح انتهى بالموت، وهي أمة، وعدة الوفاة على الأمة شهران وخمسة أيام، فإن اعتدت بشهرين

(١) "الكتابة" ساقط من(ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "المولود".

(٣) من قوله: "به جزء من أجزائه" إلى قوله: "فإذا انفصل" ساقط من(ج) و (د).

(٤) جاء في(ج) : "وإنما يثبت فيه حكم المكاتب بسبب".

(٥) في(ج) و (د): "إذالم يدفع وفاء، فيسعى".

وخمسة أيام، ثم أن الولد والجارية أديا ما بقي من الكتابة عتق الولد والجارية[1]، ويحكم بعتق المكاتب، أما الولد فلأن عتقه تعلق بالأداء، كعتق المكاتب.

وإذا عتق المكاتب صارت هي أم ولد له، فتعتق بموت السيد، ويجب عليها عدة العتاق ثلاث حيض، ولا تحتسب بما سبق؛ لأن عدة العتق لا تسبق العتق، وعتقها متعلق بموت السيد، والمكاتب وإن كان ميتا حقيقة، فهو حيّ إلى وقت الأداء حكما؛ لأن الصحابة رضوان الله عليهم اختلفوا في أن الكتابة هل تبقى بعد الموت؟

قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما: تبقى، ويحكم بعتقه عند الأداء[2].

وقال زيد[3] رضي الله عنه[4]: لا تبقى[5]، ولهذا أوجب عدة الوفاة بعد الموت،

---

(١) "الولد والجارية" ساقط من(ج)، وفيه "عتقا"

(٢) فيموت حرا عندهما، ويؤدّى كتابته، ويحكم بحريته حتى يكون ما بقي ميراثا لورثته، وبه أخذ فقهاء الحنفية، حيث لاينفسخ عقد الكتابة عندهم بموت المكاتب، كما لاينفسخ بموت المولى، واحتجّو فيه بأنه عقد معاوضة، لاينفسخ بموت أحد المتعاقدين، فلاينفسخ بموت الآخر كعقد البيع، ولم يفت المعقود عليه، لأن المعقود عليه ما يسلّم للعاقد بمطلق العقد، والرقبة لاتسلم له بمطلق العقد، إنما تسلم له مالكية اليد، وهو المعقود عليه، وقد سلم بنفس العقد، ثم إذاجاز أن يجعل المولى بعد الموت كالحيّ حكما حتى يصير معتقا، فكذلك يجوز أن يبقى المكاتب حياً حكما حتى يؤدى كتابته فيصير حراً، وهذا لأن المملوكية أليق بحال الميت من المالكية، لأن المملوكية عبارة عن الضعف، والمالكية ضرب قوة، والضعف بحال الميت أليق من القوة. انظر «المبسوط» ٧/ ٢٠٩، «بدائع الصنائع» ٤/ ٢٢٧.

(٣) أي: زيد بن ثابت رضي الله عنهما، فيرى أنه يموت عبدا والمال كله للمولى. راجع للتفصيل «بدائع الصنائع» ٤/ ٢٢٧.

(٤) هو زيد بن ثابت بن الضحاك بن زيد بن لوذان بن عمرو بن مناف الأنصاري، النجاري، المدني،

وعدة العتاق من وقت الأداء احتياطا، وعدة النكاح لا تمنع وجوب عدة العتق؛ لأن كل واحد منهما حقه، وحقه لا يمنع وجوب حقه.

بخلاف ما إذا كانت أم الولد منكوحة الغير، أو معتدة الغير، ثم أعتقها المولاها[1]، لا يجب عليها عدة العتق؛ لأن ثمة حق الغير يمنع وجوب حق المولى، وصار كالحر إذا تزوج أمة، فولدت منه، ثم طلقها ثنتين، يجب عليها عدة الطلاق.

فإن اشتراها لا يحل له وطؤها، فإن أعتقها يجب عليها عدة العتق؛ لأنها صارت أم ولد له حين اشتراها، وحقه لا يمنع حقه، فتعتدّ للعتق بثلاث حيض، وقد وجب علها حيضتان[2] بسبب النكاح حيضتان عند الطلاق يتداخلان؛ لأنهما لو كانتا لاثنتين يتداخلان، فإذا كانتا لواحد أولى.

ويجب[3] عليها الحداد في الحيضتين الأولين، لأنها عدة الطلاق، وليس عليها[4]

الفرضي، الصحابي المعروف، من علماء الصحابة رضي الله عنهم، كان من كتّاب الوحي، أسلم قبل قدوم النبي ﷺ للمدينة، كتب للنبي ﷺ المراسلات إلى الناس. توفي بالمدينة عام ٥٤هـ.
ينظر ترجمته في: طبقات ابن سعد ٢/ ٣٥٨، تهذيب التهذيب ٣/ ٣٩٩، أسد الغابة ت ١٨٢٤٥، الستيعاب ت ٨٤٠، الإصابة ت ٢٨٨٧، تاريخ الإسلام ١/ ٥٣، تهذيب الكمال ٤٥٢.

(٥) واحتج فيه بأن المعقود عليه فات بموته قبل سلامته، وذلك موجب انفساخ العقد، كهلاك البيع قبل القبض، وهذا لأن المعقود عليه هو الرقبة، فإن العقد يضاف اليه، بخلاف ما إذامات المولى، لأن المولى ليس بمعقود عليه بل هو عاقد، والعقد يبطل بهلاك المعقود عليه، لا بموت العاقد. راجع «المبسوط» ٧/ ٢٠٨، «بدائع الصنائع» ٤/ ٢٢٧.

(١) في(ج) و (د): "ثم أعتقها المولى".

(٢) "عليها حيضتان" ساقط من(ج) و (د).

(٣) "يجب" ساقط من(ج) و (د).

الحداد في الحيضة الثالثة؛ لأنها عدة العتق، كذلك ههنا يجب عليها الحداد في عدة الوفاة، ولا يجب عليها الحداد في عدة العتق، لما عرف أن الحداد وجب إظهارا للتأسف بفوات نعمة النكاح، فلا يجب لزوال الرق.

وإن أديا بدل الكتابة قبل انقضاء عدة الوفاة عتقا، وعتق المكاتب، وعليها أن تعتد بثلاث حيض منذ عتقت، تستكمل فيها بقية الشهرين والخمسة أيام؛ لأنه قيام عدة الوفاة لا يمنع وجوب عدة العتق.

هذا إذا مات المكاتب ولم يدع وفاء، فإن مات عن وفاء، والمسئلة بحالها، يؤدى بدل الكتابة، ويحكم بحريته في آخر حياته، ويعتق الولد معه، وتعتق الجارية بموت السيد حرا، ويفسد النكاح؛ لأنه لما عتق قبل الموت ملك أم ولده في آخر حياته، فيفسد النكاح بينهما، و وجب علها حيضتان لفساد النكاح، فإذا مات عتقت، ووجب عليها ثلاث حيض، فيجب عليها الاعتداد بثلاث حيض، حيضتان لفساد النكاح بعد الدخل، والثالثة تمام عدة العتق.

وعدة فساد النكاح لا تمنع عدة العتق، ولا عدة العتاق تبطل عدة فساد النكاح، فتجمع بينهما، وعليها الحداد في الحيضتين الأوليين لإنهاء عدة النكاح، ولا حدادعليها[1] في الحيضة الثالثة؛ لأنها محض عدة العتاق.

ويرث الولد أباه؛ لأنه عتق مع الأب في آخر حياة الاب[2] بحكم عقد واحد، ولا ترث المرأة عنه في الفصلين، أما في هذا الفصل: لانقطاع النكاح قبل الموت، وأما في الأول لا ترث أيضا، لا لانقطاع النكاح قبل الموت[3]، بل لأنها عتقت بعد الموت عند

---

(٤) "ليس عليها" ساقط من(ج) و (د).

(١) "عليها" ساقط من(ج) و (د).

(٢) سقط "الأب" في (ج).

(٣) "الموت" ساقط من(ج) و (د).

الأداء.

فرق بين هذا وبين ما تقدم، هنا حكم بفساد النكاح، ولم يحكم فيما تقدم.

والفرق أن فيما تقدم جعل الولد أصلا في الكتابة، ليبقى العقد ببقائه، وأمكن جعله أصلا؛ لأنه كان مكاتبا على ما قلنا، ولهذا صار مطالبا بالبدل من كسبه بعد موت الأب بعد أن لم يكن مطالبا، وهذا أمارة صيرورته أصلا، وإذا صار الولد أصلا تعلق عتقه، وعتق الأب بأدائه، فيعتقان عند الأداء مقصورا عليه، فلم يصر مالكا امرأته في حياته، فلا يفسد النكاح.

أما إذا ترك وفاء، لا ضرورة إلى أن يصير الولد أصلا، ليبقى العقد ببقائه؛ لأن الوصول إلى الحرية ممكن بدون بقاء عقد الكتابة بعد الموت، فحكمنا بحريته في آخر أجزاء حياته، وإذا عتق في حياته، فقد ملك امرأته قبل الموت، فيفسد النكاح.

وإن هلك المال قبل الأداء جعل كأن لم يكن؛ لأن المقصود هو الأداء، فإذا فات الأداء صار كأن لم يكن، وإن كانت لم تلد منه فسد النكاح، وتعتد بحيضتين، وكانت أمة تباع، يرثها من يرث المكاتب؛ لأنها مملوكة لأم ولد، وإن كان لم يخل بها، لا عدة عليها، لارتفاع النكاح قبل الدخول والخلوة.

ولو لم تكن منكوحة له، ولكنها أمة اشتراها المكاتب، فولدت منه، فادعاه ثبت النسب؛ لأن حق الملك، والتصرف ثابت للمكاتب، وحق الملك يكفي لثبات النسب، فإن مات المكاتب، ولم يدع مالا، لا تجب عليها العدة؛ لأنها أم ولد، ولم تعتق، فإن أدت هي وولدها المكاتبة، عتقا وعتقت هي بموت السيد، فيجب عليها ثلاث حيض لأجل العتق.

كتاب السير

باب ما يصدق فيه الأسير أنه مسلم أو ذمي وما لا يصدق

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن العمل بالظاهر واجب ما لم يعارضه دليل فوقه[1]، والسيماء أقوى من المكان، والبينة أقوى من الكل لما يذكر.

والثاني: أن الشهادة تردّ بالتهمة[2]، ومن أسباب التهمة الشركة في المشهود به

---

(١) قرّر الإمام السرخسي هذه القاعدة بصيغة: "البناء على الظاهر واجب مالم يتبين خلافه"، «شرح السير الكبير» ١/ ٣٠٠، و٤٠/ ١٤٤٤. وذكرها ابن عبد البرّ بلفظ: "الظاهر لايخرج عنه إلا ببيان" «التمهيد» لابن عبد البر، ١٣/ ٢٢٧.

وقوله: "مالم يعارضه دليل فوقه" يتضح بقاعدة أخرى ذكرها قاضيخان بعبارة: "الثابت بحكم الظاهر يجوز إبطاله بدليل أقوى منه"، انظر ص ٣٠١٣ من هذا الكتاب.

(٢) لا تقبل شهادة المتهم باتفاق الفقهاء، لأنه يجر بشهادته إلى نفسه مغنما أو يدفع عن نفسه مغرما. انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٢. «المبسوط» ١٦/ ١٢، «فتح القدير» ٧/ ٣٧٦ - ٣٧٨.

وذلك ثابت بأحاديث النبي ﷺ، منها ما رواه الحافظ عبدالرزاق عن أبي هريرة قال: «بعث رسول الله ﷺ مناديا في السوق، أنه لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين، قيل: وما الظنّين؟ قال: المتهم في دينه» مصنف لعبدالرزاق ٨/ ٣٢٠، الحديث: ١٥٣٦٥، ورواه البيهقي بسنده إلى طلحة بن عبدالله بن عوف، وقال: أخرجه أبو داود في المراسيل السنن الكبرى ١٠/ ٢٠١.

شركة خاصة[1].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: سرية بعثها الإمام إلى دار الحرب، فجاؤا بأسارى، فقالت الأسارى: نحن من أهل الإسلام أو من أهل الذمة، وهؤلاء أخذونا في دار الإسلام، وقالت السرية: هم كانوا من أهل الحرب، أخذناهم في دار الحرب[2]، فالقول قول الأسارى، وهم أحرار لا سبيل عليهم؛ لأن الخلاف ما عرف إلا في دار الإسلام، ودار الإسلام تمنع ثبوت[3] الأسر، والإستيلاء على من كان فيها؛ لأنها دار عصمة وأمان[4].

ولهذا جعلنا اللقيط[5] الموجود في دار الإسلام مسلما حرا بإعتبار الدار[6]، حتى

ورواه الإمام مالك في الموطأ موقوفا على عمر، ورواه الحاكم عن أبي هريرة مرفوعا. انظر «نيل الأوطار» ٨/ ٢٩١.

(١) أما الشركة العامة فلا تمنع قبول الشهادة. كما سيذكر الشارح في ص ٣٠٣٣ وانظر «شرح السير الكبير» ٤/ ١٢٢١.

(٢) وفي (ج) و (د): "في دارهم".

(٣) "ثبوت" ساقط من (ج) و (د).

(٤) نقله الشيخ عطاء بن نوعي في القول الحسن محيلا إلى «الزيادات». ثم علل له قائلا: لأن ثبوت اليد عليهم لم يعرف إلا في الإسلام وهي دار عصمة. فكل من كان فيها يكون معصوما ظاهرا. القول الحسن في جوا ب القول لمن ص ٦٨.

(٥) هو لغة ما يلقط فعيل بمعنى مفعول ثم غلب على الود المنبوذ باعتبار المال وشرعاً اسم لحي مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة أو فرارا من تهمة الريبة. وقال النسفي: اللقيط: طفل يوضع على الطريق، سمي به لأنه يلقط في العاقبة «طلبة الطلبة» ص ١٨٩. وانظر «ردّ المحتار» ٤/ ٢٦٩

لو مات يصلى عليه[1]، فدعوى الأسارى ذلك يكون إنكارا لليد على أنفسهم، فكان القول قولهم، ولا يقبل قول السرية إلا بحجة.

فإن أقامت السرية بينة على دعواهم، إن شهد بذلك قوم من التجار، ومن لا شركة له في الغنيمة، قبلت شهادتهم[2]؛ لأنا جعلنا القول قول الأسارى بحكم الظاهر[3]،

و«الفتاوى التاتارخانية» ٥/ ٥٧٠.

(٦) جاء في «الفتاوى التاتارخانية»: العبرة في حق الدين على رواية كتاب اللقيط من الأصل للمكان لا للواجد حتى لو وجد في مكان الكافرين يحكم بكفره سواء كان الواجد كافرا أو مسلما، وعلى رواية كتاب الدماوي من الأصل العبرة للواجد، وعلى بعض رواية كتاب الدعوى من الأصل وكتاب العتاق: العبرة لما يوجب الإسلام. «الفتاوى التاتارخانية» ٥/ ٥٧٠.

وقد أجاد الإمام قاضي خان في تنقيح هذه المسألة وتلخيصها في فتاواه، فقال: هذه المسألة على وجوه أربعة: ١ـ إن وجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد ونحوه، يكون مسلما. ٢ـ وإن وجده كافر في مكان الكفرة كالبيعة والكنيسة، يكون اللقيط كافرا حكما. ٣ـ وإن وجده كافر في مكان المسلمين، ٤ـ أو وجده مسلم في مكان الكفرة، اختلفت الروايات في هذين الوجهين: في رواية كتاب اللقيط يعتبر المكان ولا يعتبر الواجد، وفي كتاب الدعوى من رواية أبي سليمان يعتبر الواجد، وفي بعض الروايات: يعتبر ما يوجب الأسلام أيهما كان، لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه، كالولد بين أبوين أحدهما مسلم والآخر كافر، وفي بعض الروايات: يعتبر الزيّ إن كان على اللقيط زيّ الكفرة يحكم بكفره. ٣/ ٣٩٧. وانظر «المبسوط» ١٠/ ٢١٥.

(١) «ردّ المحتار» ٤/ ٢٦٩ وعلل السرخي فقال: لأن الدار دار حربية والسلام فمن كان فيها فهو حر مسلم باعتبار الظاهر أو باعتبار الغلبة لأن الغالب فمن يسكن دار السلام الأحرار المسلمون والحكم للغالب أو باعتبار الأصل. «المبسوط» ١٠/ ٢٠٩.

(٢) القول الحسن في جواب القول لمن ص ٦٩.

والبينة أقوى من الظاهر؛ لأنها جعلت[1] حجة للمدعي على المدعى عليه، وإن كان الظاهر شاهدا للمدعى عليه، إلا أنه يشترط الإسلام في الشهود إذا ادعى الأسارى أنهم مسلمون؛ لأن هذه شهادة على المسلم، فلا يقبل فيها شهادة الكفار[2]، وإذا ادعى الأسارى أنهم من أهل الذمة لا يشترط الإسلام في الشهود.

وإن شهد للسرية من له شركة في الغنيمة، لاتقبل شهادته؛ لأنه يثبت لنفسه حقا خاصا، أو يشهد على فعل نفسه، فكان متهما.

وذكر في «السير الكبير»[3]: وجوّز شهادة الغانمين، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع، وضع المسألة هنا في السرية، ووضح[4] ثَمة[5] في الجند، وشركة الجند شركة عامة، فلا يصيب كل واحد من الغانمين شيئا منتفعا[6] من المشهود به، والشركة العامة لا تمنع قبول الشهادة[7].

(٣) تعرّض الإمام السرخسي بقاعدة "الحكم بالظاهر" في عدّة مواضع، وقال في مسألة تشبه بمسألة الباب: قد بينا أنه فيما لا يمكن الوقوف عل يحقيقة يعتبر الظاهر وغالب الرأي. انظر «شرح السير الكبير» ١/ ٣٣٦.

(١) "جعلت" ساقط من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "شهادة الكافر".

(٣) انظر «شرح السير الكبير» ٤/ ١٢٢٠.

(٤) "وضح" ساقط من (ج) و (د).

(٥) قوله: "ووضع ثمّة"، أي في «شرح السير الكبير».

(٦) وفي (ج) و (د) شيء منتفع، وهو خطأ.

(٧) وضّحه الإمام محمد رحمه الله في «السير الكبير» بعد أن تعرّض تلك المسائل فقال: «إن الشركة

ولهذا لو شهد فقيران مسلمان على رجل بسرقة شيء من بيت المال جازت شهادتهما[1].

وكذا لو شهد مسلمان لمسجد أو طريق العامة[2]، جازت شهادتهما[3]، ويجوز للقاضي أن يقضي بالغنيمة، وإن كان له شركة في الغنيمة[4]، وما لا يمنع القضاء لا يمنع الشهادة.

وإن قالت الأسارى: أخذنا هؤلاء في دار الحرب، ونحن من أهل الإسلام، أو من أهل الذمة، دخلنا دار الحرب للتجارة، أو لزيارة القرابة مستأمنين، أو قالوا: كنا أسارى

العامة لا تمنع قبول الشهادة وإنه إنما يمنع قبول الشهادة باعتبار شركة الملك، لأن الشاهد يثبت الملك لنفسه بشهادته، فأما من يثبت حقا عاما، لا ملكا، فإنه لا يمنع قبول شهادته... «شرح السير الكبير» ٤/ ١٢٢١.

(١) استكثر الإمام محمد رحمه الله في بيان شواهد ذلك في «السير الكبير» فليراجع. «شرح السير الكبير» ٤/ ١٢٢٠.

(٢) وفي (ج) و (د): "بمسجد أو طريق للعامة".

(٣) فلو شهد مسلمان على رجل أنه بني داره هذه في طريق المسلمين أمره الإمام بهدمها، حتى يعيدها طريقا كما كانت، ومعلوم أن في الطريق حقاً لكل أحد، فكان الشاهد منتفعاً بشهادته من هذا الوجه، ولكن لما انعدم الملك له في المشهود به واليد، كانت شهادته مقبولة، فكذلك ما سبق. «شرح السير الكبير» ٤/ ١٢٢١.

(٤) ومعلوم أن ولاية الشهادة دون ولاية القضاء، فإذا كان النصيب للقاضي فلا يمنع صحة قضائه فيه، النصيب للشاهد أولى ألا يمنع قبول شهادته فيه «شرح السير الكبير» ٤/ ١٢٢٠.

في أيديهم، وقالت السرية: هم كانوا[1] من أهل الحرب، فالقول فيه قول السرية؛ لأنهم تصادقوا على أنهم أخذوا في دار الحرب، ودار الحرب دار إباحة وأسر، فكل من كان فيها يكون محلا للأسر والاسترقاق بحكم الظاهر.

ولهذا يجعل اللقيط الموجود في البيعة والكنيسة كافرا بحكم المكان[2]، حتى لو مات لا يصلى عليه[3]، فكان قول الأسارى إنكارا للملك بعد وجود السبب، فلا يقبل [قولهم][4]، كما لو أقرت المرأة بالنكاح وادعت أنها أخته من الرضاع، وأنكر الرجل، لا يقبل قولها، ولا تقطع يد الزوج عنها إلا بحجة، كذلك هنا.

فإن أقام الأسارى بينة على ما ادعوا جاز؛ لأن البينة أقوى من الظاهر، إلا أنه يشترط إسلام الشهود؛ لأنها ما شهادة[5] على المسلم بقطع اليد، فلا تقبل شهادة الكافر[6].

وإن لم يكن للأسرى بينة، إلا أن بهم سيما المسلمين، أو علامة[7] من علامات

(١) "كانوا" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٥٧٠.

(٣) "عليه" ساقط من (ج) و (د).

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٥) وفي (ج) و (د) "هذه".

(٦) لا يقبل في مثل هذا إلا شهادة العدول من المسلمين، لأن هذه الشهادة تبطل حق الاستغنام على المسلمين، فلا يقبل على إيطال حق المسلمين إلا شهادة المسلمين، راجع «شرح السير الكبير» للسرخسي، ٥/ ٢٢٠٨.

(٧) وفي (ج) و (د) "وعلامة".

المسلمين ، قبل قولهم، ولا يتعرض لهم؛ لأن السيماء من أسباب المعرفة[1]، قال الله تعالى: ﴿ فَلَعَرَفْتَهُم بِسِيمَاهُمْ ﴾[2]، وقال تعالى: ﴿سِيمَاهُمْ فِي وُجُوهِهِم مِّنْ أَثَرِ السُّجُودِ﴾[3].

الأصل في تحكيم العلامة عند الاشتباه قول الله تعالى: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ﴾[4] الآية، والعلامة والسيماء أقوى من المكان، لأن المقصود من اتحاد العلامة والسيما ليس إلا المعرفة عند الاجتماع في مكان واحد[5].

ولهذا لو وجد الميت في بيعَة أو كنيسة، وعليه سيما المسلمين، يصلى عليه، ولو وجد في المسجد، وعليه علامة الكفار، لايصلى عليه.

وسيما المسلمين أحد الأشياء الثلاثة: الختان، والخضاب، ولُبس السوَاد[6].

أما «الختان»؛ لقوله عليه السلام: "عشر من الفطرة"[7]، وذكر من جملتها

(١) انظر «شرح السير الكبير» ٥/٢٢١٧،

(٢) سورة محمد الآية : ٣٠ .

(٣) سورة الفتح الآية : ٢٩ .

(٤) سورة يوسف الآية : ٢٦ .

(٥) «المبسوط» ١٠ / ٢١٥ .

(٦) انظر «المبسوط» ١٠/١٩٩ .

(٧) عن عائشة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: «عشرة من الفطرة: قص الشارب، وقص الأظفار، وغسل البراجم، وإعفاء اللحية، والسواك، والاستنشاق، ونتف الإبط، وحلق العانة وانتقاض الماء» قال مصعب: ونسيت العاشرة إلا أن تكون المضمضة. أخرجه مسلم في الطهارة، باب خصال الفطرة الحديث: ٥٦، وأخرجه أبو داود في الطهارة باب السواك من الفطرة

الختان[1].

وأما «الخضاب»[2]؛ [فلقوله عليه السلام][3]: «غيروا الشيب، ولا تتشبهوا باليهود»[4]، وقال عليه السلام: «إن أحسن ما يغير به الشيب الحنأ والكَتم[5]» [6].

الحديث: ٥٣، وأخرجه الترمذي في الأدب، باب ما جاء في تقليم الأظفار الحديث: ٢٧٥٧، وأخرجه النسائي في الزينة، الفطرة الحديث: ٥٠٥٦ و ٥٠٥٧ عن طلق من قوله، وأخرجه ابن ماجه في الطهارة وسننها، باب الفطرة الحديث ٢٩٣.

قال القاضي عياض: هذا شك منه فيها، ولعلها الختان المذكور مع الخمس في حديث أبي هريرة وتبعه النووي والقرطبي.

عن طلق بن حبيب قال: «عشرة من السنة: السواك، وقص الشارب، والمضمضة، والاستنشاق، وتوفير اللحية، وقص الأظفار ونتف الإبط، والختان، وحلق العانة، وغسل الدبر».

عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «خمس من الفطرة: الختان، وحلق العانة، ونتف الضبع، وتقليم الظفر، وتقصير الشارب».

(١) انظر «المبسوط» ١٠/ ١٩٩.

(٢) انظر «المبسوط» ١٠/ ١٩٩.

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٤) أخرج النسائي عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «غيّروا الشيب ولا تشبّهوا باليهود». كتاب الزينة، باب الإذن بالخضاب، الحديث: ٥٠٨٨. كما رواه النسائي عن الزبير، الحديث: ٥٠٨٩. وأخرجه الإمام أحمد في مسنده عن أبي هريرة بلفظ: «غيّروا الشيب ولا تشبّهوا باليهود ولا بالنصارى» الحديث: ٧٤٩٢.

(٥) الكَتَم: بفتحتين: من شجر الجبال، ورقة كورق الآس، وهو شبه للحناء وعن الأزهري: نبت

وأما «لُبس السواد» ، لما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إذا لبست أمتي السواد فابغوا[1] الاسلام»، وبعض الناس روى: «فانعوا الإسلام»[2]، إلا أن

فيه وقال ابن فارس: أما الكَتَم: فنبات يختضب به. انظر المغرب ٢/ ٢٠٧، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٥/ ١٥٧.

(٦) أخرج النسائي عن أبي ذر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إن أحسن ما غيّرتم به الشيب الحنّاء والكتم». كتاب الزينة، باب الخضاب بالحناء والكتم، الحديث: ٥٠٩٣، وأخرجه أبو داود في الترجل، باب في الخضاب، الحديث: ٤٢٠٥، وأخرجه الترمذي في اللباس، باب ما جاء في الخضاب، الحديث: ١٧٥٣، وأخرجه النسائي في الزينة، الخضاب بالحناء وا لكتم، الحديث: ٥٠٩٤ و٥٠٩٥، والحديث ٥٠٩٦ و٥٠٩٧ مرسلا، وأخرجه ابن ماجه في اللباس باب الخضاب بالحناء، الحديث: ٣٦٢٢. ورواه الإمام أحمد في مسند أبي ذر، الحديث: ٢٠٨٣٠.
وكان أبو بكر الصديق رضي الله عنه يختضب بالحناء والكتم، حتى قال الراوي: رأيت ابن أبي قحافة رضي الله عنهما على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ولحيته كأنها ضرام عرفج، ولا خلاف بين الفقهاء أنه لا بأس للغازي أن يختضب في دار الحرب ليكون أهيب في عين قرنه. «المبسوط» ١٠/ ١٩٩.

(١) كذا في الأصل، وجاء في (ج): "فانعوا الإسلام، وبعض الناس روى: فانعوللإسلام"، وهو خطأ وتصحيف. وما ثبت أصح، وفي (ا) عكست العبارة.

(٢) لم أظفر على هذا الحديث بعد البحث الطويل واالسؤال عنه من العلماء المختصين، نعم يستأنس هنا بأنه ذكره الإمام السرخسي، واستشهد به، وأشار إلى الروايتين اللتين ذكرهما قاضي خان، ورجّح الأولى فقال: "أما السواد من علامات المسلمين، جاء في الحديث أن النبي ﷺ دخل مكة يوم الفتح وعلى رأسه عمامة سوداء، وقال ﷺ: «إذا لبست أمتي السواد فابغوا الإسلام». ومنهم من روى: «فانعوا الإسلام» والأول أوجه، فقد صحّ أن النبي ﷺ بشّر العباس رضي الله عنه

الختان لا يختص بالإسلام، فإن اليهود يختتنون[1]، فترك الختان يختص بالكفار[2].

وذكر بعض المشايخ أن من علامات الإسلام: قراءة القرآن[3].

ومن علامات الكفر: شدّ الزنّار فوق القباء، أو يكون أبيض الرأس واللحية، وجعل شعره فتائل، كما يفعله أهل الذمة.

قال[4]: ولو أن قوما من أهل الحرب دخلوا دار الإسلام مغيرين، فهزمهم المسلمون، فدخلوا قرية من قرى الإسلام، أو من قرى أهل الذمة، واختلطوا بهم، فتبعهم المسلمون، ودخلوا عليهم، فكل من أخذ في القرية يقول: «أنا مسلم أو ذمي من سكان هذه القرية»، كان القول قوله؛ لأنه أخذ في دار العصمة والأمان، فيؤخذ بظاهر المكان، إلا إذا كان به من علامات أهل الحرب[5].

بانتقال الخلافة إلى أولاده بعده وقال: من علاماتهم لبس السواد، والكفار لايلبسون السواد". «المبسوط» ١٠/ ١٩٩.

(١) ذكر السرخسي أن من أهل الكتاب من يختتن، فإنما يمكن التمييز بهذه العلامة إذا اختلط المسلمون بقوم من المشركين يعلم أنهم لا يختتنون. «المبسوط» ١٠/ ١٩٩.

(٢) فإن أمكن التمييز بشيء من هذه العلامات، وجب المصير إليها عند الاشتباه. انظر «المبسوط» ١٠/ ٢٠٠.

(٣) ولقد عدّ الإمام محمد الشيباني قراءة القرآن في قائمة علامات المسلم: راجع «شرح السير الكبير» ٥/ ٢٢١٩.

(٤) "قال" ساقط من (ج) و (د).

(٥) فالعلامة أصل عند الاشتباه، كما إذا اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار، يعتبر الزيّ والعلامة للفعل. «المبسوط» ١٠/ ٢١٥.

وبمثله لو دخل طائفة من المسلمين، أو من أهل الذمة قرية من قرى أهل الحرب، فأتاهم المسلمون، فأخذوهم، فقال كل واحد منهم: أنا مسلم أو ذمي، لا يقبل قوله؛ لأنه أخذ في دار الحرب، فلا يقبل قوله إلا من يعرف أنه مسلم أو ذمي بسيما الإسلام، أو بالبينة[1].

واستشهد لإحكام هذه القاعدة، فقال: ألا ترى أن المسلمين لو فتحوا القُسطَنطِينِيّة[2] بفتح من الله و حوله، فمروا بمسجد فيه رجل عليه سيما أهل الإسلام، وحوله صبيان يعلمهم القرآن، فقال: أنا مسلم، وهؤلاء أولاد المسلمين، صدق في ذلك[3]، ولا يردّ عليه، ولا يظن أن أحدا يخالف هذا الجواب، فكذا فيما تقدم.

والله أعلم بالصواب

---

(١) انظر «شرح السير الكبير» ٥/ ٢٢١٧.

(٢) "قُسطَنطِينِيّة": ويقال قُسطَنطِينة، بإسقاط ياء النسبة. كان دار ملك الروم، واسمها "اصطنبول" وذكر الحموي أنه عمّرها ملك من ملوك الروم يقال له قُسطَنطِين، فسميت باسمه، والحكايات عن عظمها وحسنها كثيرة. «معجم البلدان» ٤/ ٣٩٥.

(٣) ذكر السرخسي أنه يجب الأخذ بقوله، ولا يجوز استرقاقه لاعتبار الزي والعلامة. «المبسوط» ١٠/ ٢١٥.

باب من السير مما يغلب عليه المشركون من أرض المسلمين ثم يظهر عليهم المسلمون

بنى الباب على أن «دار الإسلام» تصير «دار حرب» بإجراء أحكام الكفر[1] فى قول أبى يوسف ومحمد[2].

وعند أبي حنيفة بشرائط ثلاثة: إجراء أحكام الكفر، وأن تكون متاخمة بدار الحرب، أي متصلة ليس بينهما بلدة من بلاد الإسلام، وأن لا يبقى فيها مؤمن آمن بإسلامه[3]، ولا ذمي آمن بأمانه[4] الأول، وهو الذمة[5].

لهما: أن «الدار» إنما تنسب إلى الأصل[6] بإعتبار الولاية واليد، وإجرء الأحكام

---

(١) ذكر العلامة الكاساني أنه لا خلاف بين أصحابنا في أن دار الكفر تصير دار إسلام بظهور أحكام الإسلام فيها، واختلفوا في دار الإسلام، إنها بماذا تصير دار الكفر؟ «بدائع الصنائع»، طبعة جديدة دار الفكر ٧/ ١٩٣ . «المبسوط» ١٠/ ١١٤ .

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ١٩٣ .

(٣) في (ج) و (د): "بالإيمان" .

(٤) في (ج) و (د): الإمان.

(٥) انظر «المبسوط» ١٠/ ١١٤ ، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٩٣ ، و «ردّ المحتار» ٤/ ١٧٤ .

(٦) في (ج) و (د): "أهلها" .

يدل على الولاية، فتثبت النسبة[1]، ولهذا تصير دار الحرب دار الإسلام بمجرد إجراء الأحكام[2].

و لأبي حنيفة - رحمه الله -: أن الدار إنما تنسب إلى أهل الحرب عند ظهور قدرة أهل الحرب، وغلبتهم، وقوتهم، ولا يظهر إلا عند وجود هذه الشرائط كلها[3]، أما عند عدم بعضها[4] كانت الدلائل في حد التعارض؛ لأنه إذا كان فيها مسلم آمن بإيمانه[5]، أو ذمي آمن بأمانه الأول، فبقاؤه كذلك، وامتناعه عن طلب الأمان لا يكون إلا بمَنَعَة ظاهرة.

وكذا إذا لم يكن متاخمة بأهل الحرب؛ لأن المسلمين إذا أحاطوا بها من كل جانب يتوهم انقطاع يدهم عن ذلك المكان في كل ساعة وزمان، وتكون يد أهل الإسلام على هذا المكان قائمة معنى، فإذا كانت الدلائل في حد التعارض، يبقى ما كان على ما كان، أو يترجح جانب الإسلام احتياطا.

وقياس دار الإسلام بدار الحرب قياس فاسد لأن الإسلام[6] يحتاط في إثباته،

---

(١) فإن قولنا: "دار الإسلام" و "دار الكفر" إضافة دار إلى الإسلام وإلى الكفر الخ. «بدائع الصنائع» ٧/ ١٩٤.

(٢) من غير شريطة أخرى، ونصّ قاضي خان في ص ٣١٥١ بأنه لو ظهر الإمام على بلدة من أهل الحرب، وأجري فيها تصير دار الإسلام بالإجماع، وانظر «بدائع الصنائع» ٧/ ١٩٣، و «المبسوط» ١٠/ ١١٤.

(٣) "كلها" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د) "عدمها".

(٥) في (ج) و (د): "بإسلامه".

(٦) "قياس فاسد لأن الإسلام" ساقط من (ج) و (د).

وإبقائه، والكفر بخلافه، ألا ترى أن الصغير يصير مسلما بإسلام أحد الأبوين، ولا يصير كافرا بردّة أحدهما، ولا بردّتهما ما لم يلحقا به[1].

والأصل عنده: أن ما كان ثابتا لا يزول ما بقي أثر من آثاره[2]، فإن عنده العصير إذا غلى، واشتد لا يحرم ما لم يقذف بالزبد[3]، ووقت الظهر لا يخرج ما لم يصر ظِلّ كل شيء مثليه[4]، ووقت المغرب لا يخرج ما لم يغب البياض.

وأصل آخر: أن الحكم في الغنائم قبل القسمة مفوض إلى الإمام، وبعد القسمة ينقطع رأيه[5] لما نذكر.

وفي الباب فصول ثلاثة:

الأول: إذا غلب أهل الكفر على بلدة من بلاد الإسلام.

والثاني: فصل توظيف الخراج والجزية.

والثالث: مالك أرض الخراج إذا عجز عن الزراعة، وأداء الخراج.

---

(١) انظر «جامع أحكام الصغار»: ٢٠٢.

(٢) لأنه متى عرف ثبوت الشيء بطريق الإحاطة والتيقن لأيّ معنى كان، فهو يبقى على ذلك ما لم يتيقن بخلافه، لأن اليقين لايزول بالشك. وهذا هو الأصل الرابع الذي ذكره الإمام أبوزيد الدبوسي (٤٣٠هـ) في القسم الذي فيه خلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه. انظر «تأسيس النظر» للدبوسي، ص ١٧.

(٣) انظر «المبسوط»: ١٠/ ١١٤، «تأسيس النظر» للدبوسي، ص ٢١.

(٤) انظر «تأسيس النظر» للدبوسي، ص ١٧.

(٥) انظر «الهداية مع فتح القدير»: ٥/ ٤٦٦.

أما الفصل الأول: ينتظم ثلاث مسائل:

إحداها: أهل الحرب إذا غلبوا على بلدة من بلاد الإسلام.

والثانية: أهل الردّة إذا غلبوا على دارهم.

والثالثة: أهل الذمة إذا نقضوا العهد، وغلبوا على دارهم.

أما الأولى[1]: قال محمد رحمه الله: إذا غلب المشركون على بلدة من بلاد الإسلام، لم تصر ذلك[2] دار حرب في قول أبي حنيفة، إلا بوجود[3] الشرائط الثلاثة[4]، وعندهما بأجراء الأحكام تصير دار جرب، فإن وجدت الشرائط الثلاثة يلتحق هذا بسائر بلادهم[5].

فإن ظهر المسلمون عليهم بعد ذلك فهو على وجوه ثلاثة:

إن أسلم أهلها قبل الظهور عليهم، فهم أحرار لا سبيل عليهم، ولا على نسائهم، وسائر أموالهم[6]؛ لقوله عليه السلام: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله،

---

(١) في (ج) و (د): "الأول".

(٢) "ذلك": ساقط من (ج) و (د).

(٣) "بوجود": ساقط من (ج) و (د).

(٤) وهي: ١ - إجراء أحكام الكفر، ٢ - وأن تكون متاخمة بدار الحرب، ٣ - وأن لا يبقى فيها مؤمن آمن بالإيمان، ولا ذمي آمن بالأمان الأول.

(٥) انظر «المبسوط» ١٠/ ١١٤، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٩٣، و «ردّ المحتار» ٤/ ١٧٤.

(٦) انظر «كتاب الخراج» لأبي يوسف، ص ٦٨، و «شرح السير الكبير» باب من أسلم على شيء فهو له، ويكون محرزا له، ٥/ ٢٠٦٠.

فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم»[1]، ويوضع العشر على أراضيهم[2]؛ لأنها لما صارت دار إسلام[3]، بطلت الوظيفة الأولى، والأراضي النامية لا تخلو عن الوظيفة، وتوظيف الخراج على المسلم ابتداء لا يجوز[4]؛ لأنه ذلّ وهَوان، فتعين العشر؛ لأنه عبادة من وجه[5]، والإسلام لا يمنع وجوب العبادة.

وإن لم يسلموا إلا أنهم صاروا ذمة قبل الظهور عليهم، فهذا والأول سواء، لكن يضع على أراضيم الخراج[6]؛ لأن العشر عبادة من وجه، فلا يليق بالكافر، ويضع الجزية

(١) أخرج ابن ماجة عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أمرت أن أقاتل الناسَ حتى يقولوا: لاإله إلا الله، فإذا قالوها، عصَموا مني دماءَهم وأموالَهم، إلا بحقها، وحسابهم على الله عزوجل». كتاب الفتن، باب الكف عمن قال لا إله إلا الله، الحديث ٣٩٢٧. وأخرجه أبو داود في كتاب الجهاد، باب كل ما يقاتل المشركون الحديث ٢٦٤٠، وأخرجه الترمذي في كتاب الإيمان، باب ما جاء "أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله إلا الله" الحديث ٢٦٠٦، وأخرجه النسائي في كتاب تحريم الدم، الحديث ٣٩٨٦, ١٢٥٠٦، و أخرجه مسلم في كتاب الإيمان، باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله محمد رسول الله. ويقيموا الصلاة... الحديث١٢٧.

(٢) يقول الإمام أبويوسف رحمه الله عند بيان حكم قوم أسلموا على أرضهم وأموالهم: وأرضهم أرض عشر، لايخرجون عنها فيما بعد، ويتوارثونها ويتبايعونها، وكذلك كل بلد أسلم عليها أهلها، فهي لهم وما فيها. «كتاب الخراج» لأبي يوسف، ص ٦٨.

(٣) في (ج) و (د): "حرب" بدل "إسلام".

(٤) انظر «شرح السير الكبير» ٣/ ١٠٣٩.

(٥) لما فيه من معنى الصدقة. راجع «شرح السير الكبير» ٣/ ١٠٣٩.

(٦) «كتاب الخراج» لأبي يوسف، ص ٧٥.

على رؤوسهم، كما فعل عمر رضي الله عنه بأهل العراق.

وإن لم يكن شيء من ذلك حتى ظهر المسلمون عليهم، ثم أسلموا، فالإمام بالخيار، إن شاء قسمهم وأموالهم برفع الخُمس من كل شيء[1] لليتامى، والمساكين، وأبناء السبيل، ويقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين، كما فعل رسول الله صلى الله عليهم وسلم بأهل خيبر[2]؛ لأنهم أسلموا بعد تمام الحق للغزاة، فلا يبطل حق الغزاة بإسلامهم[3]، وتوظيف العشر على الأراضي[4]؛ لأنه ابتداء توظيف على المسلم.

وإن شاء منّ عليهم برقابهم، وسلم لهم النساء والصبيان والأموال[5]، كما فعل رسول الله صلى الله عليهم وسلم بأهل مكة، وعمر رضي الله عنه بأهل الشام.

[6]وإن كان فيه إبطال حق الغانمين صورةً، فليس بإبطال معنى؛ لما نذكر[7]، لأن

---

(١) في (ج) و (د): "ذلك".

(٢) أخرجه أبوداود في سننه في الخراج، اب ما جاء في حكم أرض خيبر، وأخرجه الاكم في المستدرك، وصحّحه، ٢/ ١٣١، وانظر «كتاب الخراج» لأبي يوسف، ص ٧٤. «شرح السير الكبير» ٣/ ١٠٣٩.

(٣) لأنهم أسلموا بعد تمام القهر، والإسلام يؤمنه من القتل، ولايبطل الحق الثابت فيهم للمسلمين. انظر «شرح السير الكبير» ٣/ ١٠٢٧، ١٠٤١. «كتاب الخراج»، ص ٧٥.

(٤) أي: إذا فعل الإمام ذلك كانت الأراضي أرض عشر، لأن المسلم لايبتدئ بتوظيف الخراج عليه. «شرح السير الكبير» ٣/ ١٠٣٩

(٥) انظر «كتاب الخراج» لأبي يوسف، ص٦٩، ٧٤. «شرح السير الكبير» ٣/ ١٠٣٩.

(٦) زادت هنا عبارة في (ج): "وإن شاء منّ عليهم برقابهم وأموالهم وأراضيهم" ولم تثبت في الأصل، والظاهر أنه تكرار.

حقهم غير متأكّد، فكان الخيار للإمام، إن شاء آكد حقهم بالقسمة، وإن شاء منّ عليهم لمصلحة تعود إلى العامّة بفعل ما هو الأنظر للمسلمين.

وإذا منّ عليهم برقابهم وسائر أموالهم يضع العشر على أراضيهم، وإن شاء وظّف الخراج.

ولا يقال: ينبغي أن لا يوظف الخراج؛ لأنه ابتداء التوظيف على المسلم.

لأنا نقول: ليس كذلك، بل هو إزالة ملك الغانمين بعوض؛ لأن حقهم ثبت في الكل، فإذا منّ عليهم بأراضيهم، ووظف الخراج، والخراج يصرف إلى المقاتلة، وقد جعل الخراجَ عوضا عن الأراضي، وكذا لو وظف العشر، ففيه حق المقاتلة أيضا، فإنه لو لم يكن في بيت مال الخراج شيء كان للإمام أن يؤدي حق المقاتلة من بيت مال الصدقة، فكل واحد من الوظيفتين يصلح حقا للمقاتلة، فيفعل الإمام ما شاء.

بخلاف ما إذا قسّم الأراضي بين الغانمين، فإنه ابتداء التوظيف على المسلم، وبخلاف ما إذا أسلموا قبل الظهور عليهم؛ لأن ثمّة لم يثبت في الأراضي حق الغانمين، فلو وظف الخراج، لم يكن الخراج بدلا عن الأراضي، بل يكون ابتداء التوظيف على المسلم.

وإن ظهر المسلمون عليهم، وأبوا أن يسلموا، كان الإمام بالخيار: إن شاء خمسهم وأموالهم برفع الخمس من كل شيء، ويقسم الباقي بين الغانمين، ويضع العشر على الأراضي، كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بأهل خيبر، وإن شاء قتل المقاتلة، وقسم النساء والذراري والأراضي[1] وسائر الأموال بين الغانمين، كما فعل سعد بن معاذ

(٧) في ص ٢٠٥٩.

(١) "الأراضي": ساقط من (ج) و (د).

رضي الله عنه ببني قريظة.

وإن شاء منّ عليهم برقابهم، ونسائهم، وذراريهم، وسائر أموالهم، كما فعل عمر رضي الله عنه بسَواد العراق.

فإن منّ عليهم برقابهم وأراضيهم، وقسم النساء، والذرية والأموال بين الغانمين، جاز، ويكره، أما الجواز؛ لأنه لو قسم الكل جاز، ولو منّ بالكل جاز، فكذا إذا منّ بالبغض، وقسم البعض، وأما الكراهة لأن إمامَنا في هذا الباب عمر رضي الله عنه، وهو لم يفعل، ولأن منفعة الأراضي[1] لا تحصل إلا بالزراعة، فإذا أخذ أموالهم، والزراعة لا تكون إلا بالآلة، يعجزون عن الزراعة، فلا يفيد.

وكذا لو منّ عليهم برقابهم، ونسائهم، وذراريهم، وأراضيهم، وقسم ما سوى ذلك بين الغانمين، جاز، ويكره لما قلنا.

وإن ترك لهم من المال في هذين الوجهين ما يقدرون به على الزراعة، لا يكره، وإن منّ عليهم برقابهم خاصة، وقسم الباقي بين الغانمين لا يجوز.

وكذا لو لم يكن أراضٍ، فمنّ عليهم برقابهم، وقسم النساء والذرية والأموال، لا يجوز؛ لأن القياس يأبى جواز المنّ، لما فيه من إبطال حق الغانمين، وإنما عرفنا جواز المن بالأراضي نظرا للغانمين، كيلا يشتغلوا بالزراعة، ويقعدوا عن الجهاد، وفيه نظرٌ لمن يجيء من بعدهم إلى يوم الدين.

دلّ عليه ما روي أن عمر رضي الله عنه لما فتَح سَواد العراق، طلبت الصحابة رضي الله عنهم أن يقسم الكل بينهم، فشاور الصحابةَ رضوان الله عليهم في ذلك، ثم قال:

---

(١) في (ج) و (د): "الأرض".

«أمَا أني تذكرت آية من كتاب الله تعالى استغنيت بها عن آرائكم، وتلا قوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ﴾ [1] إلى قوله: ﴿وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ﴾ [2] يعني: «وللذين جاؤا من بعدهم»، فرجعت الصحابة إلى رأيه إلا نفر يسير، منهم بلال رضي الله عنه، حتى دعا[3] عليهم عمر رضي الله عنه، وقال: «اللهم اكفني بلالا وأصحابه»[4]، فما حال الحول، وفيهم عين تطرف[5].

---

(١) أي قوله تعالي: ﴿للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم...﴾. سورة الحشر: الآية ٨.

(٢) سورة الحشر: الآية ١٠.

(٣) في (ج) و (د): "دخل" بدل "دعا" وهو خطأ.

(٤) رواه الإمام أبو عبيد القاسم بن سلام بسنده عن سعيد بن أبي سليمان عن عبد العزيز بن عبد الله بن سلمة حدثنا الماجشون قال: قال بلال لعمر بن الخطاب في القرى التي افتتحها عنوة: اقسمها بيننا، وخذ خمسها، فقال عمر: لا، هذا عين المال، ولكني أحبسه فيما يجري عليهم وعلى المسلمين، فقال بلال وأصحابه: اقسمها بيننا، فقال عمر: اللهم اكفني بلالا وذويه. قال: فما حال الحول وفيهم عينٌ تطرف، . ونقل عن زيد ابن أسلم قول عمر: «تريدون أن يأتي آخر الناس ليس لهم شيء. «كتاب الأموال» رقم ١٤٧، ص ٦٣.
وحكاه الإمام أبو يوسف في الخراج مفصلا، وفيه: فمكثوا بذلك أياما حتى قال عمر رضي الله عنه لهم: قد وجدتُ حجة في تركه، وأن لا أقسمه، قولَ الله تعالى: ﴿للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم..﴾ فتلا عليهم حتى بلغ إلى قوله تعالى: ﴿والذين جاؤا من بعدهم﴾ قال: فكيف أقسّمه لكم، وأدع من يأتي بغير قسم؟ فأجمع على تركه وجمع خراجه، وإقراره في أيدي أهله ووضع الخراج على أرضيهم والجزية على رؤسهم. كتاب الخراج ص ٣٨.

(٥) قوله: "فما حال الحول وفيهم عين تطرف": قال السرخسي في تفسيره: يعني ماتوا في

وأراد بذلك أن يصل الخراج إلى من كان بعدهم، فكانت الأراضي أصلا في المن؛ لأنها تبقى وتدوم، والرقاب تبعا للأراضي؛ لأنها لا تبقى ولا تدوم، بل تنقرض بالإسلام والموت.

وإنما جعلت الرقاب تبعا للأراضي في المن؛ ليكون عونا للمسلمين على عمارة الأراضي، فإذا منّ بالرقاب خاصة، والرقاب لا تدوم، كان إبطالا لحق الغانمين من غير أن يكون نظرا لمن يجيئ بعدهم، فلا يجوز، هذا كوقف[1] الثيران، وآلات[2] الحراثة، لا يجوز مقصودا، ويجوز تبعا للأراضي.

ولا يقال: بأن الإمام يملك إبطال حق الغانمين عن الرقاب بالقتل، فلماذا لا يملك إبطاله بالمنّ؟.

لأنا نقول: إنما ملك قتلهم؛ لأن فيه رفع شرهم عن المسلمين، فلم يتمحض ضررا، ولا كذلك المن؛ لأن فيه إضرار بالغانمين بجعلهم عونا للكفرة على المسلمين.

المسألة الثانية:

أهل الذمة إذا نقضوا العهد، وغلبوا على دارهم، أو على بلد من بلاد الإسلام، و وجدت الشرائط الثلاثة، فإنها تصير دار حرب عند الكل.

فإن ظهر المسلمون عليهم، فحكمهم حكم أهل الحرب؛ لأنهم كانو أهل حرب في الإبتداء، وإنما خرجوا، وصاروا ذمة بالعهد، فإذا نقضوا العهد، عادوا إلى الأصل، فكان

الطاعون، وقد بينا تمام هذا في السير الصغير. «شرح السير الكبير» ٣/ ١٠٣٩

(١) ما أثبتناه من (ج) و (د)، وفي الأصل: هذا الوقف وهو خطأ.

(٢) في (ج) و (د): آلة.

الإمام فيه[1] بالخيار: إن شاء منّ عليهم برقابهم وذراريهم وسائر أموالهم، ويضع الجزية على جَماجِمهم[2]، والخراج على أراضيهم.

وإن شاء وضع على أراضيهم العشر، وهو عشر تسميةً، وخراج[3] معنىً يصرف مصرف الخراج.

وإن شاء وضع عليها العشرَ المضاعف، كما فعل عمر رضي الله عنه ببني تَغلَب[4].

وإن شاء قتل الرجال، وقسم الذرية والأموال بين الغانمين، وترك الأراضي، ولا يقسم، وينقل إليها قوما من المسلمين، ليكونوا ردأ لهم، نظرا للمسلمين، يفعل ما هو الأصلح والأنظر، ولم يذكر نقل أهل الذمة إلى هذه الأراضي، كأنه لم يأمَنهم، لما لَحِقهم من الغيظ بقتل جيشهم.

وإذا نقل إليها قوما من المسلمين، صارت الأراضي ملكا لهم، يضع عليهم العشر، وإن شاء وضع الخراج؛ لأن الخراج كانت مستحقة في هذه الأراضي، بعد ما ظهر

---

(١) "فيه": ساقط من (ج) و (د).

(٢) "الجَماجم": جمع الجُمجُمة بالضم: عظام الرأس، وربما يعبر بها عن الإنسان، فيقال: "خذ من كل جُمجمة درهما"، كما يقال: "خذ من كل رأس"، بهذا المعنى، ويعبّر بها عن الجملة فيقال: وضع الإمام الخراجَ على الجماجم، على كل جمجمة كذا. «المغرب» ١/ ١٦٢، و«المصباح المنير» ١/ ١١٠.

(٣) "عشر" و "خراج": ساقط من (ج) و (د).

(٤) فإن عمر رضي الله عنه صالحَ بني تغلب على أن يؤخذ منهم ضِعف ما يؤخذ من المسلمين بمحضر من الصحابة، رضي الله عنهم. رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ٣/ ١٩٨، و أبو عبيد في «كتاب الأموال»، والإمام الشافعي في «الأم» ٤/ ٢٨١، والبيهقي في «السنن الكبرى» ٩/ ٢١٦.

المسلمون عليهم، فإذا نقل إليها قوما من المسلمين، والإسلام لا يمنع[1] بقاء الخراج[2]، بقيت خراجية.

وأما المسألة الثالثة:

إذا ارتدّ قوم من المسلمين، وغلبوا على أراضيهم، أو على بلدة أخرى، و وجدت الشرائط[3] الثلاثة، فإنها تصير دار حرب، فإن ظهر المسلمون عليهم، فإنه لا يقبل من رجالهم إلا السيف[4]، لقوله عليه السلام: «من بدل دينه فاقتلوه»[5]، وقال عليه

---

(١) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "لا يمنعه".

(٢) كما إذا اشترى مسلم من ذمّي أرضا خراجية فعليه الخراج، ولاتنقلب عشرية، لأن الأصل: "إن مؤنة الأرض لا تتغيّر بتبدّل المالك إلا لضرورة"، قرّره الكاساني، أما الذمي إذا اشترى من مسلم أرض عشر، فيجب الخراج ضرورة لأن الكافر ليس من أهل وجوب العشر، أما المسلم فمن أهل وجوب الخراج في الجملة. انظر «بدائع الصنائع» ٢/ ٨٢.

(٣) "الثلاثة" ساقط من الأصل أثبتناها من (ج) و (د).

(٤) أو الإسلام، ولايقتل المرتد إلا بعد استتابته المعروفة، لأن الإسلام شديد الحيطة في أمر المرتدين، ولايأخذهم بالشبهة أو الظن. انظر «كتاب الخراج» لأبي يوسف ص ١٩٦، «شرح السير الكبير» ٥/ ١٩٣٨، «المبسوط» ١٠/ ٩٨، «بدائع الصنائع» ٧/ ١٣٤.

(٥) أخرجه البخارى من طريق عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً في كتاب استتابة المرتدين، باب حكم المرتد، الحديث ٦٩٢٢. وأخرجه البخاري في الجهاد. باب لا يعذب بعذاب الله، الحديث ٦٩٢٢ مطولاً. وأخرجه أبو داود في الحدود، باب الحكم فيمن ارتد، الحديث ٤٣٥١. وأخرجه الترمذي في الحدود، باب ما جاء في المرتد الحديث ١٤٥٨، وأخرجه النسائي في تحريم الدم، الحكم في المرتد، الحديث ٤٠٧١ مطولاً، والحديث ٤٠٧٢. وأخرجه ابن ماجه في الحدود، باب

السلام: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله»[1].

ولأنهم علموا محاسن الإسلام، و وقفوا على الآيات والمعجزات، ثم نبذوه وراءَ ظهورهم، تغلّظت جنايتهم[2]، وصاروا كمشركي العرب، فإن مشرك العرب[3] لما أصرّوا على عبادة الأوثان بعد نزول القرآن بلغتهم، وبعث الرسول عليه السلام من قرابتهم، تغلظت جنايتهم[4]، ولم يقبل منهم إلا الإسلام، أو السيف، فكذلك أهل

المرتد عن دينه الحديث ٢٥٢٥ . ورواه الطبراني عن معاوية بن حيدة، ورجاله ثقات كما صرح به الهيثمي في مجمع الزوائد ٦ : ٢٦١ . كما رواه الطبراني في الأوسط، وإسناده حسن، مجمع الزوائد ٦ : ٢٦١ . وأخرجه الامام مالك في الموطاء، في الأقضية عن زيد بن اسلم مرسلاً بلفظ: «من غيّر دينه فاضربوا عنقه».

(١) تقدم تخريجه في هذا الباب ص ١٩١٩ .

(٢) يرجع لتفصيل مشروعية عقوبة المرتد وحكمها والأحاديث الدالة عليها إلى «تكملة فتح الملهم» للعلامة الشيخ محمد تقي العثماني، ٢/ ٣١٤-٣٢٢، و«الردة وأحكامها في الشريعة الإسلامية» ص ١٤٢- ١٨٢رسالة ماجستير، قدّمه المحقق إلى كلية الشريعة والقانون. الجامعة الإسلامية العالمية بإسلام آباد، ١٤٠٧هـ

(٣) في (ج) و (د): "فإنهم" .

(٤) يوضّحه ما قاله الكاساني موجّها الفرق بين مشركي العرب وغيرهم من أهل الكتاب ومشركي العجم: إن أهل الكتاب إنما تركوا بالذمة وقبول الجزية، لا لرغبة فيما يؤخذ منهم أو طمع في ذلك، بل للدعوة إلى الإسلام، ليخالطوا المسلمين فيتأمّلوا في محاسن الإسلام وشرائعه، وينظروا فيها مؤسسة على ما تحتمله العقول وتقبله فيدعوهم ذلك إلى الإسلام فيرغبون فيه، فكان عقد الذمة لرجاء الإسلام. وهذا المعنى لايحصل بعقد الذمة مع مشركي العرب، لأنهم أهل تقليد وعادة، لايعرفون سوى العادة وتقليد الآباء، بل يعدون ما سوى ذلك سخرية وجنونا،

الردة[1].

ونساؤهم وذراريهم في ذلك كنساء مشركي العرب، لقول ابن عباس رضي الله عنهما: «المرتدة تستحيى، ولا تقتل»[2]، أي تسترق، إلا أنهن يجبرن[3] على الإسلام[4]، ولا يجبر نساء مشركي العرب؛ لأن كفر المرتدة كفر بعد الإسلام، وكذلك

فلايشتغلون بالتأمل والنظر في محاسن الشريعة ليقفوا عليها فيدعهم إلى الإسلام فتعيّن السيف داعيا لهم إلى الإسلام، ولهذا لم يقبل رسول الله ﷺ منهم الجزية. «بدائع الصنائع» ٧/ ١٦٥، وانظر «الهداية» مع «فتح القدير»٦/ ٤٧.

(١) في (ج) و (د): "فكذلك المرتد".

(٢) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، قال: حدّثنا عبد الرحمن بن سليمان ووكيع عن أبي حنيفة عن عاصم عن أبي رزين عن ابن عباس، قال: «النساء لايقتلن إذا هن ارتددن عن الإسلام، ولكن يحبسن، ويدعين إلى الإسلام، ويجبرن عليه» «مصنف ابن أبي شيبة» ٢/ ١٣٧، ورواه عبد الرزاق في مصنفه، في آخر القصاص: أخبرنا سفيان الثوري عن عاصم عن أبي رزين به ١٠/ ١٧٦، ورواه الإمام محمد في «كتاب الآثار»: أخبرنا أبو حنيفة به، ص ٨٧، و الإمام أبويوسف في «الخراج» ص ١٩٦، ورواه الدارقطني في سننه، في الحدود من طريق عبد الرزاق، ٢/ ٣٧٢. وانظر «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» ص ١٩٩.

يقول العلامة ظفر أحمد العثماني: فلم ينفرد أبوحنيفة به، بل تابعه عن عاصم سفيان وأبومالك، وكفى بأبي حنيفة إماما وبسفيان متابعا، وعاصم من رجال الجماعة وثّقه الأئمة الأعلام. «إعلاء السنن» ١٢/ .

(٣) في (ج) و (د): "إلا أنهم يجبرون"، والصواب ما أثبت.

(٤) المرأة إذا كانت حرة تحبس وتجبر على الإسلام، وإن كانت أمة وأهلها يحتاجون إلى خدمتها دُفعت إليهم يستخدمونها ويجبرونها على الإسلام. «شرح السير الكبير» ٥/ ١٩٣٨.

كفر أولادهم كفر بعد الإسلام[١]، فإنهم كانوا مسلمين تبعا لآبائهم، وكل من كان مسلما إذا كفر يجبر، كالصبي بين المسلمين إذا بلغ، ولا يصف الإسلام، فإنه يجبر على الإسلام، أما نساء مشركي العرب، وصبيانهم لم يوجد منهم الكفر بعد الإسلام، فلا يجبرون.

ويقسم أموالهم وأراضيهم بين الغانمين[٢]، ويضع العشر على أراضيهم؛ لأنها صارت مملوكة للمسلمين.

وإن أراد الإمام[٣] أن يقسم النساء والأموال والذراري، دون الأراضي، ورأى ذلك خيرا للمسلمين، فعَلَ إعتبارا للبعض بالكل؛ ولأن ترك الأراضي ربما يكون خيرا للمسلمين؛ لأنها لو قسمت بين الغانمين، يشتغلون بالزراعة، فيقعدون عن الجهاد، فإن رأى بعد ذلك أن ينتقل إلى الأراضي قوما من أهل الذمة برضاهم، ليؤدوا الخراج عن الأراضي، والجزية عن جماجمهم ليصل الخراج إلى من يجيء بعدهم، فعل.

ثم ذكر هنا نقلَ أهل الذمة؛ لأن أهل الذمة لايلحقهم الغيظ بقتل أهل الردّة، ويلحقهم الغيظ بقتل جيشهم.

فإن أسلم أهل الردّة بعد ما ظهر المسلمون عليهم، كانوا أحرارا، لاسبيل عليهم[٤]، بخلاف أهل الحرب وأهل الذمة إذا نقضو العهد، ثم أسلموا بعد الظفر؛ لأن

---

(١) "كفر بعد الإسلام": ساقط من (ج) و (د).

(٢) كما فعله أبوبكر الصديق رض الله عنه ببني حنيفة حين ارتدّوا، انظر «شرح السير الكبير» ٥/ ١٩٣٨، و«كتاب الخراج» لأبي يوسف ص ٧٣.

(٣) "الإمام": ساقط من (ج) و (د).

(٤) انظر «كتاب الخراج» لأبي يوسف ص ٧٣.

في حق أهل الحرب، وناقضي العهد من أهل الذمة حق إسترقاقهم، كان ثابتا قبل الإسلام، فبقي بعده، أما في حق أهل الردّة حق الإسترقاق ما كان ثابتا قبل الإسلام، فلا يثبت بعده؛ لأن الإسلام يمنع إبتداء الرق، ولايمنع البقاء.

وأما نسائهم وأموالهم وذراريهم، فالإمام بالخيار، إن شاء قسمها بين الغانمين[1]، ووضع العشر على الأراضي.

وإن شاء منّ بجميع ذلك منهم[2]، ويضع على أراضيهم الخراج[3]، فيكون بدلا عن الأراضي.

وإن شاء وضع عليهم[4] العشر؛ لأنهم لما أسلموا صاروا من أهل وجوب العشر، والعشر يحتمل أن يكون للمقاتلة بدلا عن الأراضي، على ما قلنا، و لأنه كما ثبت في الأراضي حق الغانمين، ثبت حق الفقراء؛ لأن العشر حق الفقراء.

ثم الإمام يملك أن يجعلها خراجية، وإن كان فيه إبطال لحق الفقراء، فيملك أن يجعلها عُشرية وإن كان إبطالا لحق المقاتلة.

---

(١) انظر «كتاب الخراج» لأبي يوسف ص ٧٣.

(٢) في (ج) و (د): "عليهم".

(٣) وهذا قول الإمام محمد، أما عند الإمام أبي يوسف لايوضع عليهم إلا العشر، حيث قال في فصل الحكم في المرتدين إذا حاربوا ومنعوا الدار: وإن ترك الإمام السباء وأطلقهم وعفا عنهم، وترك الأرض وأموالهم فهو في سعة، وهذا مستقيم جائز، وأرضهم أرض عشر، لاتشبه أرض الخراج، لأن حكم هذا مخالف لحكم الخراج. «كتاب الخراج» لأبي يوسف ص ٧٣.

(٤) "عليهم": ساقط من (ج) و (د).

وإن رأى أن يجعل من أرضهم[1] ما كانت عشرية عشرية على حالها[2]، وما كانت خراجية خراجية، له ذلك، لما ذكرنا، ولأنها لما صارت دار حرب بطلت الوظيفة القديمة، وله أن يجعل كلها عشرية، وكلها خراجية، فكان له أن يجعل البعض عشرية، والبعض الآخر[3] خراجية، إعتبارا للبعض بالكل.

قال: ألا ترى أن الإمام لو أصاب أرضا من أرض الترك، وأرضا من أرض الروم، وأرضا من أرض غيرهم، حتى أصاب خمس أراض، فجعل حق الفقراء في أرض واحدة، وجعل الباقي للمقاتلة، أما يجوز له ذلك؟ وللإمام ولاية التعيين، كذلك هذا.

ولا يقال: بأن ذلك يكون على المبادلة؛ لأنا نقول: يجوز أن يكون هذا على وجه المبادلة أيضا، بأن يصيب أرضا أخرى، فيجعلها خراجية.

وهذا كله إذا لم يحكم الإمام بحكم، فأما بعد ما مَنّ، ليس له أن يقسم بين الغانمين، وبعد ما قسّم ليس له أن يمنّ؛ لأن في المنّ بعد القسمة إبطال ملك الغانمين، وفي القسمة بعد المن غَدر وخيانة، وذلك حرام.

وهو بمنزلة الأسرى إذا قسمهم بين الغانمين، ليس له أن يقتلهم؛ لأنهم صاروا للمسلمين، وملك المسلم معصوم عن الإبطال.

ولا بأس بالتحويل بأن ينقل إليها قوما آخرين، وينقلهم إلى أرض أخرى بعذر، وقبل المنّ له أن يفعل ذلك بعذر وبغير عذر، أما بعد المنّ فلأنها صارت ملكا للكفرة، وحقوقهم محترمة، فلا يجوز إبطالها، ويجوز الإبطال عند العذر، كالكافر إذا أسلم عبده

---

(١) "من أرضهم": ساقط من (ج) و (د).

(٢) "على حالها": ساقط من (ج) و (د).

(٣) "الآخر" أثبتناه من (ج) و (د)، وساقط من الأصل.

الكافر، فإنه يجبر على بيعه.

والعذر أن يخاف عليهم من الكفرة، لضعفهم وقلّة شوكتهم، أو يخاف منهم أن يصيروا عونا للكفرة على المسلمين، يخبرونهم بعورات المسلمين، أما قبل المنّ لا حق للكفرة في الأراضي.

والأصل في جواز النقل والتحويل بغير رضاهم ما روي عن عمر رضي الله عنه: أنه أجلى يهودَ وادي القرى[1] إلى الشام.

[وأجلى][2] رسول الله صلى الله عليه وسلم بني النضير[3]، وهَمّ بإجلاء بني نجران، فقال عليه السلام: «لئن عشت إلى قابل لأخرجنّ بني نجران من جزيرة العرب»[4]، فلم يعش، ولم يتفرغ لذلك أبو بكر رضي الله عنه في خلافته.

---

(١) "وادي القرى": هو واد بين المدينة والشام من أعمال المدينة، وذكر الحموي أنها بين تيماء وخيبر، فيها قرى كثيرة، وبها سمّي وادي القرى، والنسبة إليه واديّ، وإليه نسب عمر الواديّ، وفتحها النبي ﷺ سنة سبع عنوة ثم صولحوا على الجزية. انظر «معجم البلدان» ٤/ ٣٨٤، و ٥/ ٣٩٧.

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٣) ذكر الواقدي في المغازي أنه حاصرهم رسول الله ﷺ خمسة عشر يوما، فأجلاهم رسول الله ﷺ من المدينة، وولّى إخراجهم محمد بن مسلمة. «المغازي» للواقدي ١/ ٣٧٤، وقال الواقدي: قوله تعالى: ﴿ولولا أن كتَبَ اللهُ عليهم الجَلاءَ﴾ نزل في بني النضير. ١/ ٣٨١. وانظر «دلائل النبوة» للبيهقي ٣/ ٣٥٨.

(٤) أخرجه الترمذي بلفظ: «لئن عشت إن شاء الله لأخرجنّ اليهود والنصارى من جزيرة العرب» سنن الترمذي. الحديث ١٦٠٦، ورواه الإمام أحمد في مسنده ١/ ٣٢، والحاكم في المستدرك ٤/

وكان العذر له ما قال عليه السلام: «لا يجتمع أهل دينين في جزيرة العرب»[1].

وإذا ظهر الإمام على عبَدة الأوثان من العرب، فأسلموا قبل القسمة، فرأى الإمام أن يمنّ عليهم بنسائهم وذَراريهم وأراضيهم، ويضع العشر على أراضيهم، كان له ذلك قبل الظفر.

والأصل فيه: ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لأهل مكة يوم

٢٧٤، والطحاوي في «مشكل الآثار» ٤/ ١٢، والمتقي الهندي في «كنز العمال» رقم ٣٥١٣٢ و٤٥٢٧٤. وجاء اللفظ في حديث آخر: «لئن عشت أو بقيت لأخرجنّ اليهود والنصارى من جزيرة العرب» رواه البيهقي في السنن ٩/ ٢٠٧، والهندي في «كنز العمال» رقم ١١٥٠٢.

(١) روى اسحتق بن راهويه في مسنده عن ابي هريرة أن رسول الله ﷺ، قال في مرضه الذي توفي فيه: «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب»، ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» عن سعيد بن المسيب، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يجتمع بأرض العرب أو قال: بأرض الحجاز- دينان»، ورواه في الزكاة و زاد فيه: فقال عمر لليهود: من كان منكم عنده عهد من رسول الله ﷺ فليأت به، وإلا فاني مجليكم، قال: فأجلاهم عمر، وقد كان النبي ﷺ قال ذلك في مرض موته. انظر «مصنف عبد الرزاق» الحديث رقم ٧٢٠٩، ٩٩٨٤، ٩٩٩٠، ١٩٣٥٩.

وأخرجه البخاري في صحيحه بمعناه، كتاب الجزية والمواعدة، باب إخراج اليهود من جزيرة العرب، الحديث ٣١٦٧، وأخرجه مالك في الموطأ، عن ابن شهاب مرسلا، باب ما جاء في إجلاء اليهود من المدينة، وقال مالك: قال ابن شهاب: ففحص عن ذلك عمر ابن الخطاب حتى أتاه اليقين أن رسول الله ﷺ قال: «لايجتمع دينان في جزيرة العرب» فأجلى يهود خيبر، وأجلى يهود نجران وفدك. ٢/ ٨٩٣. ورواه البيهقي في السنن الكبرى ٦/ ١١٥، وانظر: «مشكل الآثار» للطحاوي ٤/ ١٣، «التلخيص الحبير» لابن حجر ٤/ ١٢٤، «كنز العمال» رقم ٣٥١٤٨ و٣٨٢٥٢، «نصب الراية» ٣/ ٤٥٤.

الفتح: «ماذا ترون أني صانع بكم، فقالوا: أخ كريم، وابن [أخ][1] كريم، ملكت فاسجح»، فقال عليه السلام: "أقول كما قال أخي يوسف عليه السلام لإخوته: لا تثريب عليكم اليوم، يغفر الله لكم وهو أرحم الراحمين، أنتم الطلقاء، لكم أموالكم و ذراريكم»[2]، فلما جاز المنّ بسائر أموالهم بعد الظفر أو قبل الإسلام، فبعد الإسلام أولى.

وإذا ظهر الإمام على أهل الحرب، أو على[3] ناقضي العهد من أهل الذمة، فرأى أن يمنّ عليهم، ويجعلهم ذمّة يؤدون الخراج، وقد أصاب المسلمون منهم مالا قبل الفتح، ينظر: إن كانوا يَقْوُون على العمل، لا يردّ عليهم ما أخذ منهم قبل الفتح؛ لأن ذلك صار حقا للمسلمين، فلا يجوز إبطاله.

وإن كان لا يقوون على عمارة الأراضي وزراعتها إلا بذلك المال، ردّ عليهم؛ لأنهم صاروا كما لا كرة للمسلمين.

ولو عجزوا عن زراعة الأراضي، ورأى أن يعطيهم من بيت المال ما يتمكّنون به من الزراعة، كان له ذلك، فمن المأخوذ منهم أولى.

ولو منّ عليهم، وفي أيديهم مال وقت المن، فإن كانوا لا يقوُون على الزراعة إلا

---

(١) "أخ" ساقط من الأصل، وثبت في النسخ الأخرى.

(٢) أخرجه الواقدي في «المغازي» ٢/ ٨٣٥. ورواه ابن هشام في سيرته مفصلا ولم يسمّ من حدثه، ٤/ ٧٨، ورواه ابن سعد في طبقاته باختلاف يسير ٢/ ١٤١، ١٤٢ كما رواه ابن السني في «عمل اليوم والليلة» ص ٩٩، وانظر «كنز العمال» ١٠/ ٣٨٩، و«الكامل» لابن عدي، ٤/ ٤٥٤، ٤٥٦.

(٣) "على": ساقط من (ج) و (د).

بذلك، لا يأخذ منهم؛ لأنه لما كان له أن يردّ عليهم من المأخوذ قبل الفتح لحاجة الزراعة؛ فلأن يترك ما كان في أيديهم كان أولى.

وإن استغنوا عن ذلك المال، فإن رأى الإمام[1] أن يأخذ منهم، ويقسم بين الغانمين، فعل، وإن ترك عليهم جاز، والترك أولى تأليفا لهم، رجاء أن يقفوا على محاسن[2] الإسلام، فيسلموا، ألا ترى أن عمر رضي الله عنه مَنّ على أهل العراق، ولم يأخذ ما كان في أيديهم، ولم يرو عنه أنه ردّ عليهم ما أخذوا منهم قبل الظفر، فيقتدى به.

قال في الكتاب: (ولو جاز أن يردّ عليهم ما أخذ منهم[3] قبل الفتح، لجاز التنفيل بعد الإصابة) أراد بذلك أنه كما لا يجوز التنفيل بعد الإصابة لما فيه من إبطال حق الجيش، لا يجوز أن يردّ عليهم ما أخذ منهم قبل الفتح، والذي بينا في الأموال، فكذلك في النساء، و الذرية لا يردّ عليهم ما أخذ منهم قبل الفتح، ولا يؤخذ ما كان في أيديهم وقت المن.

ثم فرق بين الرجال وبين الأموال والذرية، مَن وقع في أيديهم من الرجال قبل الفتح والظهور عليهم، إذا رأى الإمام أن يردّ عليهم بعد المن، كان له ذلك، ولا ينبغي له أن يفعل ذلك فيما سوى الرجال.

والفرق: أن رأي الإمام في الرجال أعمّ منه في غيرهم، ألا ترى أنه لو رأى قتل الرجال بعد الإحراز كان له ذلك، فلمّا كان له أن يبطل حق الغانمين في الرجال بالقتل،

---

(١) "الإمام" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "محاسن": ساقط من (ج) و (د).

(٣) "منهم": ساقط من (ج) و (د).

جاز له أن يبطل حقهم في الرجال[1] بالمن تكثيرا للاكرة للمسلمين، أما فيما سوى الرجال ليس للإمام ذلك فافترقا.

الفصل الثاني من الباب:

إذا ظهر الإمام على بلدة من بلاد أهل الحرب، فطلبوا أن يصيروا ذمة للمسلمين، يؤدون الجزية، والخراج عن الأراضي، يجيبهم الإمام إلى ذلك؛ لأن الذمة خلف عن الإسلام، ولو طلبوا أن يعرض الإسلام عليهم، أجابهم إلى ذلك[2]، فكذا إذا طلبوا عقد الذمة، إلا أن قبل الظهور عليهم يفترض إجابتهم إلى ذلك، لقوله عليه السلام، فيما يوصي به أميرَ الجيش: «ثم ادعهم إلى أعطاء[3] الجزية، فإن أجابوكم فاقبلوا ذلك منهم، وكفّوا أيديكم عنهم»[4].

فأما بعد الظهور عليهم، فالإمام فيه[5] بالخيار على نحو[6] ما قلنا، فإن منّ الإمام

(١) في (ج) و (د): "فيهم".

(٢) "إلى ذلك": ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "أداء".

(٤) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه عن سليمان بن بريدة، عن أبيه مفصلا في كتاب الجهاد، باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث ووصيته إياهم بآداب الغزو وغيرها، الحديث ٤٤٩٧. وأخرجه أبو داود في كتاب الجهاد، باب في دعاء المشركين، الحديث ١٦١٢، وأخرجه الترمذي في كتاب السير، باب ما جاء في وصية صلى الله عليه وسلم في القتال، الحديث ١٦١٧ والحديث ١٦١٧، وأخرجه أيضا في كتاب الديات، باب ما جاء في النهي عن المثلة الحديث ١٤٠٨، وأخرجه ابن ماجه في كتاب الجهاد، باب وصية الإمام، الحديث ٢٨٥٨.

(٥) "فيه": ساقط من (ج) و (د).

على الكفار، وأراد أن يوظف عليهم الخراج والجزية، فإنه يوظف، كما وظف عمر رضي الله عنه، روي عنه أنه لما فتح سَواد العراق، ومنّ بها عليهم، بعث عثمان بن حنيف[1]، وحُذيفة بن اليَمَان[2] رضي الله عنهما ليَمسَحا سواد العراق، ويوظفا الخراج، فوظفا على كل جَرِيب[3] يصلح الكرمَ عشرةَ دراهم، وعلى كل جريب يصلح للرطبة خمسة دراهم،

---

(٦) "نحو": ساقط من (ج) و (د).

(١) عثمان بن حُنَيف: بالحاء المهملة والنون مصغرا، بن واهب ابن العكيم بن ثعلبة بن الحارث، الأنصاري، الأوسي، قال الترمذي: إنه شهد بدرا، وقال الجمهور: أول مشاهده أُحُد، وروى ابن أبي شيبة عن أبي مِجلز قال: بعث عمرُ عثمان بن حنَيف على مساحة الأرض-يعني بعد أن فتحت الكوفة، وكان عليّ رضي الله عنه استعمله على البصرة. مات في خلافة معاوية.
انظر ترجمته في: «الإصابة» رقم ٥٤٥١، «أسد الغابة» رقم ٣٥٧٧، «الاستيعاب» رقم ١٧٨٨، «الجرح والتعديل» ٦/ ١٤٦، «تهذيب الكمال» ٩٠٩، «تهذيب التهذيب» ٧/ ١١٢، «سير أعلام النبلاء» ٢/ ٣٢٠.

(٢) هو حُذيفة بن حُسيل بن جابر بن ربيعة بن فروة بن الحارث بن مازن، المعروف باليمَان العبسي، من كبار الصحابة، ولد بالمدينة، وأسلم حذيفة وأبوه، وأراد شهود بدر فصدّها المشركون، وشهدا أحد، فاستشهد اليمَان بها. وروى حذيفة عن النبي ﷺ الكثير وعن عمر، استعمله عمر على المدائن، فلم يزل بها حتى مات بعد قتل عثمان وبعد بيعة علي؛ سنة ٣٦هـ.
انظر ترجمته في: «الإصابة» رقم ١٦٥٢، «أسد الغابة» رقم ١١١٣، «الاستيعاب» رقم ٥١٠، «الجرح والتعديل» ٣/ ٢٥٦، «تهذيب الكمال» ٢٤١، «طبقات ابن سعد» ٦/ ١٥.

(٣) "الجريب": مقدار معلوم من الأرض، وهو ما يحصل من ضرب ستين ذراعا في نفسه، فيكون ثلاثة آلاف وستمائة أذرع سطحية. انظر «بدائع الصنائع» ٢/ ١٨٥ طبع جديد، «مجموعة قواعد الفقه» ص ٢٤٩.

وعلى كل جريب يصلح للزراعة قفيزا ودرهما[١].

فلما رجعا، وأخبرا بذلك عمر رضي الله عنه، قال لهما: «لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق»، فقالا[٢]: «حملناها ما تطيق، ولو زدنا لأطاقت»[٣]، وقيل: بلغ ذلك ستة وثلاثين ألف ألف جريب.

ووضع عمر رضي الله عنه الجزيةَ على ثلاث مراتب: على الفقير المعتمل اثني عشر درهما، وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهما، وعلى[٤] الفائق في الغنى ثمانية وأربعين درهما[٥].

أراد بالمعتمل: القادر على العمل[٦]، وإنما اعتبر القدرةَ على العمل؛ لأن الجزية لا

---

(١) قال الكاساني: هكذا وظفه عمر بمحضر من الصحابة، ولم ينكر عليه أحد، ومثله يكون إجماعا. «بدائع الصنائع» ٢/ ١٨٥، و انظر «مختصر الطحاوي» ص ٢٩٤، «كتاب الأموال» لأبي عبيد ١/ ٥٧.

(٢) في (ج) و (د): "قالا".

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» عن عمرو بن ميمون قال: رأيت عمر بن الخطاب رضي الله عنه قبل أن يصاب بأيام المدينة، وقف على حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف قال: كيف فعلتما، أتخافان أن تكونا حمّلتما الأرض ما لاتطيق؟ قالا: حملنا أمرا هي له مطيعة ما فيها كبير فضل، قال: انظروا أن تكونا حملتماها مالاتطيق» صحيح البخاري، مناقب عثمان، باب قصّة البيعة.

(٤) "على": ساقط من (ج) و (د).

(٥) انظر «كتاب الخراج» لأبي يوسف، ص١٣٢.

(٦) ولذا قال أبو يوسف في «الخراج»: ولاتؤخذ الجزية من الشيخ الكبير الذي لايستطيع العمل ولا شيئ له، وكذلك المغلوب على عقله لايؤخذ منه شيئ. «كتاب الخراج» ص١٣٢.

تجب إلا على المقاتل، ومن لا يقدر على العمل لا يقدر على القتال.

وتكلموا في تفسير المعسر والمتوسط، قال الفقيه أبو جعفر رح أصح ما قيل فيه، أن يعتبر فيه العرف، في كل مكان.

فإن أراد الإمام أن يوظف الخراج على الأراضي التي غلب عليها المسلمون، ومنّ بها على أهلها، ويريد أن يزيد على وظيفة عمر رضي الله عنه، قال أبويوسف: ليس له أن يزيد، وقال محمد: له ذلك إذا أطاقت.

وأجمعوا على[1] أنه لا يملك الزيادة في الأراضي التي وظفها عمر رضي الله عنه، وكذا لو وظف الإمام على أرض مثل توظيف عمر رضي الله عنه، ثم أراد أن يزيد، لا يملك وإن أطاقت، وكذا لو أراد الزيادة على خراج الجماجم، لا يملك في قولهم.

ولو انتقص رَيع الأراضي، وقلّت طاقتها، تنقص عن الوظيفة في قولهم.

لمحمد أن الوظيفة مقدرة بالطاقة، ولهذا لو قلّت الطاقة تنتقص، فإذا ازدادت وجب أن يملك الزيادة، اعتبارا للزيادة بالنقصان.

ولأبي يوسف أن المقادير لا تعرف قياسا، فيجب علينا اتباع الأثر، ولا نصّ في الزيادة، ألا ترى أن عمر رضي الله عنه أخبر بالطاقة، فقالا: «لو زدنا لأطاقت»، ولم يزد، علم أنه لا تجوز الزيادة، ، وكان قضاؤه بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم، فحلّ محل الإجماع.

وإن أراد الإمام[2] أن يزيد على الوظيفة من غير طاقة، لا يجوز في قولهم، وكذا

---

(١) "على" : ساقط من (ج) و (د).

(٢) "الإمام" : ساقط من (ج) و (د).

لو وظف الخراج من الدراهم، ثم أراد أن يحول إلى المقاسمة، أو آراد أن يحول من المقاسمة إلى الدراهم، لا يفعل ذلك؛ لأنه نقض العهد، وأنه حرام.

فإن فعل ذلك ثم ولي بعده، وإلى آخر يرى[1] خلاف الأول، هل للثاني أن ينقض ما فعل الأول؟ قال: إن فعل الأول بطيب أنفسهم لا ينقض؛ لأن فعل الأول ما كان نقضا للعهد، ولا غدرا بهم، بل كان صلحا.

وإن كان الأول فعل بغير طيب أنفسهم، فهو على وجهين: إن كانت الأراضي فُتحت صلحا قبل أن يظهر الإمام عليهم، فإن الثاني يبطل[2] ما صنع الأول؛ لأنهم قبلوا الذمة بشرط، فيجب علينا مراعات الشروط، ولا يجوز تغييره.

وإن كانت الأراضي فتحت عنوةً، ثم منّ الإمام بها على أهلها، فإن الثاني يمضي ما فعل الأول، وليس له أن ينقضه؛ لأن قضاء الأول صادَف محلا مجتهدا فيه؛ لأن بين العلماء اختلافا في الأراضي التي فتحت عنوة، قال بعضهم: هم عبيد للمسلمين، والأراضي مملوكة للمسلمين، وما وضع عليهم فهو كالضريبة التي يضربها المولى على عبده، إن شاء زاد عليه، وإن شاء نقص، وهكذا قالوا في سَواد العراق.

وعندنا: هم أحرار، وأراضيهم مملوكة لهم، يرث بعضهم بعضا، وما يؤخذ منهم خراج، فإن كان الأمر كما قال الأولون، كان للإمام أن يزيد، وله أن يحوّل من وظيفة إلى وظيفة، فقضاء الأول صادف محل الاجتهاد، فنفذ، فلا يكون لغيره أن يبطله.

قال[3] وإذا صالح الإمام أهْل دار من هذه الدور التي وصفنا، كل سنة على دراهم

---

(١) العبارة في (ج) و (د): "ثم ولي غيره، ورأى".

(٢) وفي (ج) و (د): "ينقض".

(٣) "قال": ساقط من (ج) و (د).

معلومة، أو على كيل معلوم من الطعام، أو على عدد معلوم من الثياب، عن جَماجمهم وأراضيهم، جاز[1]، لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم صالح أهلَ نجران كل سنة على ألف ومائتي حُلّة من ثيابهم، وفي رواية: على ألفي حُلة من ثيابهم[2]، يؤدون النصف في المحرم، والنصف في رجب[3].

وله الخيار في ذلك، إن شاء جمع بين الأراضي والجماجم، فيجعل لهما خراجا واحدا، وإن شاء أفرد كل واحد منهما، فإن جمع بينهما، يقسم ذلك على الجماجم والأراضي على قدر حال الجماجم وعددهم، وعلى قدر الأراضي بالعدل والإنصاف.

فما أصاب الجماجم فهو جزية، يقسم على المعتملين على الترتيب الذي ذكرنا، ولا يدخل فيه غير المعتمل، والزمنَى، والنساء، والصبيان؛ لأن الجزية لا تكون على هؤلاء[4]، وما أصاب الأراضي يكون خراجا، يقسم على الأراضي على قدر ريعها،

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٢/ ٨٧.

(٢) رواه أبو داود في سننه، ولفظه عن ابن عباس رضي الله عنه قال: «صالَحَ رسول الله صلى الله عليه وسلم أهلَ نجران على ألفي حُلّة، النصف في صفر، والنصف في رجب يؤدّونها إلى المسلمين... ثم ساق الحديث مفصلا. كتاب الخراج، باب في أخذ الجزية، الحديث ٣٠٤١. وانفرد به أبو داود عن الكتب الستة. وانظر «التلخيص الحبير» لابن حجر الحديث رقم ١٩١٩، ٢/ ١٢٥.

(٣) انظر «الهداية» مع «فتح القدير» ٦/ ٤١، ٤٢.

(٤) جاء في «الهداية»: "ولا جزية على امرأة ولا صبي، لأنه وجبت بدلا عن القتل أو عن القتال، وهما لايُقتلان ولايقاتلان لعدم الأهلية، ولازمن ولا أعمى، وكذا المفلوج والشيخ الكبير، ولا على فقير غير معتمل"، أي الذي لايقدر على العمل وإن أحسَنَ حِرفة. انظر «الهداية» مع «فتح

على الترتيب الذي ذكرنا؛ لأنه قابل المال بالكل.

ولا وجه لإهمال الجماجم عن الجزية، ولا لإخلاء الأراضي عن الخراج، فيجعل عنهما، ويقسم بينهما على الحصص[1]، كما لو باع عبدا وجارية بألف، يقسم الألف بينهما على قدر قيمتهما.

فإن قلّت الجماجم بالإسلام أو بالموت ينقص عنها، وينقل ذلك إلى الأراضي إن احتملت.

وكذا لو هلك الجماجم كلها، ردّت حصتها إلى الأراضي إن أطاقت، وإن لم تطق يطرح ذلك.

أما إذا احتملت الأراضي لا يطرح، ويحول إلى الأراضي؛ لما ذكرنا أن الأراضي أصل في المن، والرقاب تَبع، وفوات التبع لا يوجب طرح شيء من البدل، كما لو اشترى أرضا فيها نخيل، فاحترقت النخيل قبل القبض، لا يسقط شيء من الثمن، كذا ههنا.

وإن كانت الأراضي لا تحتمل حصة الرقاب يوظف على الأراضي بقدر ما تطيق، ويسقط الباقي اعتبارا للإنتهاء بالإبتداء، فإن كثرت الجماجم بعد ذلك، ردّت إلى الجماجم حصتها؛ لأن الطرح والتحويل كان بحكم الضرورة، وقد زالت.

وإن هلكت الأراضي، بأن غرقت أو نزّت[2]، وبقيت الجماجم، لا تحول حصة

القدير» ٦/ ٤٧، ٤٨.

(١) في (ج) و (د): "بالحصص".

(٢) نزّت الأرض نزّا، من باب ضرب، كثر نزّها، والنزّ: ما تحلّب من الأرض من الماء. «المغرب» ٢/ ٢٩٦، «المصباح المنير» ٢/ ٦٠٠

الأراضي إلى الجماجم؛ لأن الجماجم تبع، وعند هلاك الأصل لا يجعل كل البدل بمقابلة التبع، بل يسقط حصة الأصل، كما لو اشترى أرضا فيها نخيل، فنزت الأرض.

ولو لم تهلك الأراض، و[1] لكن قَلّ رَيعها، نقصت حصتها، وحولت إلى الجماجم إن أطاقت، فإن عاد ريع الأراضي بعد ذلك حول إليها ما زيدت على الجماجم، وكذا لو لم يقل رَيع الأراضي، ولكن كثرت الجماجم، ينقص عن الأراضي، وينقل إلى الجماجم بقدر ما تحتمل، كما لو ازدادت النخيل قبل القبض، فإنه ينقص من حصة الأرض، ويحوّل إلى النخيل.

هذا إذا جمع بين الرقاب والأراضي في الصلح، وأجمل البدل، فإن أفرد كل واحد منهما، وسمّى للجماجم حصة معلومة، وللأراضي كذلك، لا يدخل إحداهما على الأخرى على كل حال، بل يطرح ذلك إلى أن يحتمل، فلا يحوّل شئ من الجماجم إلى الأراضي، ولا من الأراضي إلى الجماجم؛ لأن الأراضي وإن كانت أصلا في المنّ، إلا أنه لما أفرد كل واحد منهما بالبدل، يصير التبع أصلا، كما لو اشترى أرضا فيها نخيل، وسمى لكل واحد منهما ثمنا، فاحترقت النخيل، فإنه يسقط حصتها، كذلك هنا.

ولو صالحهم الإمام على مال معلوم، على أن يأخذ ذلك من الرؤس خاصة، أو من الأراضي خاصة، لا يصح هذا الشرط؛ لأن فيه إهمال الجماجم عن الجزية، أو إخلاء الأراضي عن الخراج، وذلك باطل، إلا أن عقد الذمة لا يبطل بالشروط الفاسدة، فإذا بطل الشرط، وبقي الصلح، صار كأنه أجمل البدل، وأطلق العقد، ويقسم المال على الجماجم والأراضي على الترتيب الذي ذكرنا.

---

(١) "و": ساقط من (ج) و (د).

قال[1] وإن صالح الإمام أهلَ دار من هذه الدور التي وصفناها على مال معلوم، ثم أراد أن ينقلهم عن دارهم إلى أرض أخرى، وينقل إلى دارهم قوما آخرين من الذمة، ذكرنا أنه لا يفعل ذلك إلا من عذر، فإن فعل يعذر.

فإن شاء قوّم أراضيهم بالدراهم والدنانير، وأعطاهم ثمن دارهم، كما فعل عمر رضي الله عنه بيهود وادي القرى.

وإن شاء عوّضهم مثل أراضيهم، كما فعل عمر رضي الله عنه بأهل نجران، أعطاهم بالشام والعراق بلادا مثل بلادهم[2]، وإن كان فيه إزالة ملكهم من غير[3] رضاهم، إلا أن فيه صلاح المسلمين، فيجوز، كما لو احتاج الإمام إلى أن يجعل أرض رجل طريقا للعامة، وإذا فعل ذلك كان على كل فريق خراج رؤسهم ما كانت عليهم قبل التحويل.

فأما خراج الأرض اختلفت فيه الرواية: ذكر هنا ما يدل على أنه يجب على كل فريق خراج الأرض التي انتقل عنها، لا خراج الأرض التي انتقل إليها، وذكر في رواية أنه يجب على كل فريق خراج الأرض التي انتقل إليها، لا خراج الأرض التي انتقل عنها، وهو الصحيح.

وجه ما ذكرنا: أن هذا مال وجب بالصلح والإلتزام، وإنما التزم كل فريق خراج

---

(١) "قال": ساقط من (ج) و (د).

(٢) حكى ياقوت الحموي عن أبي حسّان الزيادي قال: انتقل أهل نجران إلى قرية تدعى "نهر ابان" من أرض الهجر المنقطع من كورة البِهقُباذ من طساسيج الكوفة، وكانت هذه القرية من الضواحي. . و لما أجلى عمر رضي الله عنه أهل نجران نزلوا أولا قرية من حمراء ديلم يرتادون موضعا، ثم استقرّوا بنهر ابان. راجع للتفصيل «معجم البلدان» ٥/ ٣١٢.

(٣) في (ج) و (د): "بغير".

الأرض التي انتقل عنها، وقد جاء عن عمر رضي الله عنه أنه كان يأخذ من أهل نجران الخراج التي كانت عليهم قبل التحويل.

وجه الرواية الأخرى ما أشار إليه محمد: أن هذه معاوضة، جرت من الإمام، فيعتبر بما لو حصلت بين الفريقين، ولو تبايع رجلان أرضا بأرض كان على كل واحد منهما في المستقبل خراج الأرض التي اشترى، لا خراج ما باع، كذلك هنا.

قال بعض مشايخنا: ليس في المسألة اختلاف الروايتين، لكن ما ذكر هنا محمول على ما إذا لم يكن على الأراضي التي انتقل إليها وظيفة، وكانت الأراضي التي انتقل عنها عليها وظيفة، فيؤخذ منهم خراج ما انتقلوا عنها.

وقال بعضهم: ما ذكر هنا محمول على ما إذا كان الصلح على الأراضي والجماجم جملةً، وفي هذا الوجه لايمكن طرح شيء من المال، ولا تحويل حصة الأراضي إلى الجماجم، فإذا وجب عليهم في الخراج ما كان عليهم قبل التحويل، فكذلك في الأراضي يجب عليهم ما كان في الماضي.

وما ذكر في الرواية الأخرى محمول على ما إذا كان الصلح مفرقا، فسَمى للجماجم[1] مالا على حدة، وللأراضي مالا على حدة، وفي هذا الوجه يجب على كل فريق منهما[2] خراج ما انتقل إليها.

فإن كانت إحدى البلدتين خيرا من الأخرى، زاد الذين حولهم عن بلادهم إلى البلاد الرديئة في المساحة حتى يأخذوا مثل ما أخذ منهم في القيمة نظرا للجانبين.

---

(١) أثبتناه من (ج) و (د)، وفي الأصل "الجماجمَ والأراضي"

(٢) "منهما": ساقط من (ج) و (د).

فإن أسلم أهل دار من هذه الدور التي وصفنا بعد ما وضع الجزية على جماجمهم، والخراج على أراضيهم، سقطت الجزية عنهم[1]، وبقي الخراج، أما سقوط الجزية بالإسلام[2]؛ لأن في إبقائها بعد الإسلام ذلا وهَوانا بالمسلم، قال الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾[3] وأنه لا يجوز، وأما بقاء الخراج؛ لأنها مؤنة، والإسلام لا يمنع المؤنة.

وروي أن دهقانة نَهر الملك[4] أسلمت[5] على عهد عمر رضي الله عنه، وكان يأخذ منها الخراج، وروي أن جماعة من الصحابة[6] رضي الله عنهم كانت لهم أرض

---

(١) "عنهم": ساقط من (ج) و (د).

(٢) "بالإسلام": ساقط من (ج) و (د).

(٣) سورة التوبة، الآية: ٢٩.

(٤) "نهر الملك" كورة واسعة ببغداد بعد نهر عيسى، يقال: إنه يشتمل على ثلاثمائة وستين قرية، قيل: إن أول من حفره سليمان بن داود عيهما السلام، وقيل حفره الإسكندر. ذكره الحموي في «معجم البلدان» ٥/ ٣٧٤.

(٥) روى يحيي بن آدم في "الخراج" له عن طارق بن شهاب، قال: أسلمت دهقانة من أهل نهر الملك، فكتب عمر إلى سعد أو إلى عامله أن ادفع إليها أرضها يودّي عنها، وأخرجه بطريق آخر عن طارق بلفظ: "إن اختارت ارضها وأدت ما على أرضها فخلوا بينها وبين أرضها، وإلا فخلوا بين المسلمين و أرضهم". رواه يحي بن آدم في «كتاب الخراج» ص ٥٩- ، ٦٠ رقم ١٨١، ١٨٢، وهذا سند صحيح، وأخرجه عبد الرزاق وابن شيبة أيضاً. انظر «اعلاء السنن» ١٢/ ٥٣٠.

(٦) روى الإمام أبويوسف: حدثنا أبو حنيفة رضي الله عنه عمن حدثه قال: كان لعبد الله بن مسعود أرض خراج، وكان لخباب أرض خراج، وكان للحسين بن على أرض خراج ولغيرهم من الصحابة رضى الله عنهم، وكان لشريح أرض خراج، فكانوا يؤدون عنها الخراج. كتاب الخراج

بالسواد، وكانوا يؤدون الخراج.

ولأنا لو أسقطنا الخراج بالإسلام نحتاج إلى وضع وظيفة أخرى، لتعذر إخلاء الأرض عن المؤنة، فكان إبقاء ما كان أولى، بخلاف الجزية.

فإن رأى الإمام أن يجعلها عُشرية بعد الإسلام، ليس له ذلك، لما قلنا، فإن جعلها عشرية، ثم ولي والي[1] آخر، وأراد أن يُبطل ما صنع الأول، ليس له ذلك؛ لأن قضاء الأول صادف موضع الاجتهاد، فإن مالكا رحمه الله يقول: «خراج الأرض يسقط بالإسلام، ويصير عشرية»، وأصح في ذلك[2] أن عمر رضي الله عنه لم يأخذ خراج الأرض ممن أسلم من أهل نجران.

وعندنا خراج الأرض لا يسقط بالإسلام، لما روينا من الآثار، وأما حديث أهل نجران، فتأويله أن ذلك كان في أرض العرب، وكما لا يجوز ضرب الرق على العرب، لا يوضع الخراج على أرض العرب، وكلامنا في أرض غير العرب، فلما كان الموضع موضع

لأبي يوسف ص ٦٧، يقول الشيخ ظفر احمد العثماني معلقاً عليه: وهذا مرسل فإن شيوخ الإمام ثقات عندنا لا يحدث إلا عن ثقة عنده. اعلاء السنن ١٢/ ٤٤٠.

وروي عن عتبة بن فرقد: أنه قال: اشتريت أرضا من أرض السواد فقال عمر: آنت فيها مثل صاحبها، أخرجه أبويوسف في الخراج، (الدراية ص٢٦٨)، وعزاه الزيلعي في نصب الراية ٢/ ٤٩ إلى البيهقي في كتاب المعرفة. وقال يحي بن آدم في الخراج له: ص ٣٤-رقم٣٥: قال عمر لعتبة بن فرقد حين اشترى أرض خراج فقال عمر: أدّعنها ما كنتَ تودّي. أخرجه أبو عبيد ص٨٤، وابن آدم ص٥٧، انظر «إعلاء السنن» ١٢/ ٤٣٣.

(١) "والي": ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "لما روى".

اجتهاد، نفذ قضاء الأول، فلا يجوز إبطاله.

قال[1] ولو لم يسلم أهل الدار ولكن حولهم الإمام عن دارهم بعذر، ونقل إلى دارهم قوما مسلمين، بقيت الأراضي خراجية، كما لو أسلم أهلها، أو اشتراها مسلم.

ثم ينظر: إن كان الإمام حين صالحهم جعل على الجماجم مالا معلوما، وعلى الأراضي مالا معلوما، كانت الجزية على جماجمهم، وخراج الأرض[2] على المسلمين الذين انتقلوا إلى دارهم، وإن كان الصلح جملة على وظيفة، يقسم ذلك المال على الجماجم والأراضي، على الترتيب الذي ذكرنا، فما أصاب الأراضي يكون على هؤلاء المسلمين، وما أصاب الجماجم على الذين أخرجوهم من دارهم[3]، وليس للإمام أن يجعل هذه الأراضي عشرية، فإن جعلها عشرية، نفذ حكمه.

قال[4]: وإذا غلب أهل الحرب على بلدة من بلاد الإسلام ـ والعياذ بالله ـ وصارت تلك[5] الدار دارَ حرب باستجماع الشرائط، ثم ظهر الإمام عليهم، فقسم الأراضي بين الغانمين، أو منّ بها عليهم، ثم حضر أربابها الذين كانوا قبل الاستيلاء، فإن وجدوها قبل القسمة وقبل المنّ، أخذوها بغير شيء[6]، وإن وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة إن

---

(١) "قال": ساقط من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "والخراج على".

(٣) في (ج) و (د): "فعلى الذين أخرجهم الإمام".

(٤) "قال": ساقط من (ج) و (د).

(٥) "تلك": ساقط من (ج) و (د).

(٦) انظر «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٦٩، «فتح القدير»: ٦/ ٦، «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٤٦٦، «مختصر الطحاوي»: ص ٢٨٦، «فتاوى قاضي خان»: ٣/ ٥٦٨.

شاؤا[1]، وكانت القيمة للغانمين، به وردَت السنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم[2].

وإن وجدوها بعد ما منّ عليهم برقابهم وأراضيهم أخذوها بالقيمة، وكانت تلك[3] القيمة لهم؛ لأنهم ملكوها بالمن ملكا مبتدأ، وأملاكهم معصومة، فلا يجوز إبطالها، إلا بعوض يصل إليهم.

فإن أسلموا قبل ظهور الإسلام عليهم، أو قبلوا الذمة قبل ظهور الإمام[4] عليهم، سلمت لهم الأراضي، ولا يكون للمالك القديم أن يأخذ؛ لأن الأراضي كانت ملكا للكفار قبل الإسلام، فإذا أسلموا تقرر ملكهم، لقوله عليه السلام: «من أسلمَ على مالٍ فهو له»[5]، ولهذا سلمت لهم العروض وغير ذلك، فكذلك الأراضي.

---

(١) لأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه، فكان له حق الأخذ نظراً له، إلا أن في الأخذ بعد القسمة ضرراً بالمأخوذ بإزالة ملكة الخاص، فيأخذه القيمة ليعتدل النظر من الجانبين. «الهداية»: ٢/ ١٥٠.

(٢) راجع ماجاء في باب ما يحرزه العدوّ فيصير للمسلمين من الأحاديث والأحكام في ص ٢١٣٠.

(٣) "تلك": ساقط من (ج) و (د).

(٤) "الإمام": ساقط من (ج) و (د).

(٥) رواه أبو يعلى في مسنده من حديث يس الزيات عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من أسلم على شيء فهو له» رقم الحديث ٥٨٤٧، وقال الهيثمي: فيه يس بن الزيات وهو متروك، «مجمع الزوائد» ٥/ ٢٣٥، ورواه البيهقي عن أبي هريرة في السنن الكبرى، وقال: إنما يروى عن ابن أبي مليكة، وعن عروة مرسلا، ٩/ ١١٣، ونقل الزيلعي عن صاحب التنقيح أنه رواه سعيد بن منصور بسنده عن عروة بن الزبير مرسلا،

ثم في المواضع التي[1] أخذها المالك بالقيمة أو بغير شيء؛ عادت على ما كانت في القديم، إن كانت خَراجية تعود خراجية، وإن كانت عُشرية تعود عشرية؛ لأن الآخذ أعاده إلى قديم ملكه، حتى كان له أن يردّه على بائعه وغير ذلك، فإذا عادت إليه على[2] قديم ملكه، يعود[3] بتلك الصفة.

الفصل الثالث من الباب:

صاحب أرض الخراج إذا عجز عن زراعة الأرض وأداء الخراج، أجّرها الإمام ممن يقوى على الزراعة[4]، ويأخذ الخراج من الأجرة، فإن فضل من الأجرة شيء يدفع فضل الأجرة[5] إلى صاحبها؛ لأنه لا وجه إلى إزالة ملكه بغير رضاه من غير ضرورة، ولا وجه لتعطيل حق المقاتلة.

فإن لم يجد من يستأجرها باعها ممن يقوى على الخراج، وليس له أن يملكها غيره بغير عوض، لما فيه من إبطال الملك المعصوم بغير عوض.

وإذا باعها يأخذ الخراج من الثمن، إن كان[6] على صاحبها خراج، فإن فضل شيء

قال: وهو مرسل صحيح، «نصب الراية» ٣/ ٤١٠، ورواه المتقي الهندي في كنز العمال ١١٠٢٠. وانظر تلخيص الحبير ٤/ ١٢٠، «المطالب العالية» رقم ٢٠٠٢.

(١) ما أثبتناه في (ج) و (د)، وفي الأصل "الذي".

(٢) "على": أضفناه من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "عادت".

(٤) كذا في «مختصر الطحاوي» ص ٢٩٥.

(٥) "فضل الأجرة": ساقط من (ج) و (د).

(٦) "كان": ساقط من من الأصل أثبتناه من (ج) و (د).

من الثمن صرفه الفضل[1] إلى المالك؛ لأنه بدل ملكه، قيل هذا قول أبي يوسف ومحمد؛ لأن عندهما القاضي يملك بيع مال المديون بالدين والنفقة، وأما عند أبي حنيفة القاضي لا يملك ذلك، فلا يبيع الإمام، لكنه[2] يأمر المالك بالبيع.

وقيل: لا بل هذا قول الكل؛ لأن أبا حنيفة يرى الحجر لمنفعة تعود إلى[3] العامة، كما يرى الحجر على الطبيب الجاهل، والمفتي الجاهل، والمكاري المفلس[4]، وضرر تعطيل الخراج يرجع إلى عامة المسلمين؛ ولأن الخراج حق متعلق برقبة الأرض، فصار كالعبد المدبر[5] في التركة فيها الدين، وثمّة القاضي يملك البيع، كذلك هنا.

ـ والله أعلم ـ

(١) "الفضل": ساقط من (ج) و (د) "ومكانه صرفه".

(٢) في (ج) و (د): "لكن".

(٣) "تعود إلى": ساقط من (ج) و (د).

(٤) انظر: «بدائع الصنائع» ٧/ ١٦٩، «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦٣٣، ٦٣٤، «ردّ المحتار» ٤/ ٣٥١، «تبيين الحقائق» ٥/ ١٩٠.

(٥) "المدبر" ساقط من (ج) و (د).

باب النزول على الحكم

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن الصلح على المجهول باطل[١]؛ لأن الصلح شرع لقطع الخصومة، والصلح على المجهول لا يقطع الخصومة.

والثاني: أن حكم الحكم إذا خالف حكم الشرع لا ينفذ، كحكم القاضي.

وفي الباب فصلان: النزول على حكم الله تعالى، والثاني[٢] النزول على حكم فلان.

أما الأول: قال محمد رحمه الله:

إذا حاصر المسلمون على الكفار[٣] حصنا أو بلدة، فطلبوهم أن ينزلوهم على حكم الله تعالى، فليس لهم أن ينزلوهم على حكم الله تعالى، وعن أبي يوسف أنه لا بأس به[٤]؛ لأنهم طلبوا النزول على حكم الله تعالى، وحكم الله تعالى في الكفار وهو الدعاء

---

(١) انظر «بدائع الصنائع»: ٦/ ٧٢.

(٢) "والثاني": ساقط من (ج) و (د).

(٣) "على الكفار": ساقط من (ج) و (د).

(٤) هذه المسألة خلافية بين صاحبي أبي حنيفة - رحمه الله - فيقول الإمام محمد لا يجوز إنزال المحاصرين على حكم الله تعالى، وأبو يوسف يجوّز ذلك، ويقول: كان ذلك في زمن نزول الوحي والحكم كان يتغير ساعة فساعة فالذين كانوا بالبعد عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم

إلى الإسلام، فإن أبوا يعرض عليهم الإسلام[1] (فإن أبوا فعَرض الجزية)[2]، فإن أبوا تقتل المقاتلة، وتسبي النساء والذرية.

ثبت ذلك بالكتاب والسنة، قال الله تعالى: ﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ﴾[3]، وقال عليه السلام: "أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله"[4]،

- كانوا لا يدورون ما نزل بعدهم من حكم الله، أما الآن فقد استقر الحكم، وعلم أن الحكم في المشركين الدعاء إلى الإسلام، وتخلية سبيلهم إن أجابوا، قال تعالى: ﴿فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم﴾ فإن أبوا فالدعاء إلى التزام الجزية، فإن أبوا فقتل المقاتلة، وسبي الذرية.

أجاب الإمام محمد - رحمه الله - عن قول أبي يوسف وقال: هنا الحكم في قوم وقع الظهور عليهم فأما في قوم محصورين ممتنعين في أنفسهم نزلوا على حكم الله تعالى فلا يدرى أن الحكم هذا أو غيره. انظر «المبسوط» ١٠/ ٧.

(١) قوله: "فإن أبوا يعرض عليهم الإسلام": ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د)، وثبوته أصح فإن الحكم لا يكتمل بدونه.

(٣) سورة النحل. الآية: ١٢٥.

(٤) أخرج ابن ماجة عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أمرت أن أقاتل النّاسَ حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فإذا قالوها، عصَموا مني دماءَهم وأموالَهم، إلا بحقها، وحسابهم على الله عزوجل». كتاب الفتن، باب الكف عمن قال لا إله إلا الله، الحديث ٣٩٢٧. وأخرجه أبو داود في الجهاد، الحديث ٢٦٤٠، وأخرجه الترمذي في الإيمان، الحديث ٢٦٠٦، وأخرجه النسائي في كتاب تحريم الدم، الحديث ٣٩٨٦, ١٢٥٠٦، و أخرجه مسلم في الإيمان، الحديث ١٢٧.

وقال الله تعالى: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾[1].

والدليل عليه أن بني قُريظة نزلوا على حكم الله تعالى[2]، فحكَم سعد بن معاذ رضي الله عنه بقتل مقاتلتهم، و سبي نسائهم وذريتهم[3]، فجوّز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقال: «لقد حكمت بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة[4]»[5].

وجه ظاهر الرواية: ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال[6] في وصيته لأمراء السرايا: «إذا حاصرتم حصنا، وأرادوكم أن تنزلوهم على حكم الله، فلا تنزلوهم،

---

(١) سورة التوبة، الآية: ٢٩.

(٢) قال الإمام محمد بن الحسن الشيباني - رحمه الله - بعد أن ذكر قصة سعد بن معاذ وذكر أن لا بأس بأن ينزلهم على حكم رجل من المسلمين، قال: والأشهر أنهم نزلوا على حكم رسول الله عليه السلام، ثم جعل رسول الله عليه السلام الحكم فيهم إلى سعد بن معاذ برضاهم. انظر «السير الكبير» ٢/ ٥٨٧ - ٥٨٨.

(٣) راجع للتفصيل كتاب المغازى للواقدى ٢/ ٥٠٦-٥١٢ و«مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم لعروة ابن الزبير» ص ١٨٨.

(٤) "أرقِعَة": السموات، الواحدة: رقيع، لأن كل طبق رقيع للآخر، والمعنى أن هذا الحكم مكتوب في الوح المحفوظ. «المغرب» ١/ ٣٤١.

(٥) أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الاثار» ٣/ ٢١٦، والواقدي في «المغاري» ٢/ ٥١٢، والخطابي في «إصلاح خطء المحدثين» والطبراني في «المعجم الكبير» ٦/ ٦، وابن سعد في «الطبقات» ٣: ٢: ١٦، ورواه في «مغازي رسول الله لعروة ابن الزبير» برواية أبي الأسود عنه، ص ١٨٧ - ١٨٨، جمع وتحقيق دكتور محمد مصطفى الأعظمي.

(٦) في (ج) و (د): "أن النبي صلى الله عليه وسلم قال".

فإنكم ما تدرون ما حكم الله فيهم، ولكن أنزلوهم على حكمهم»[1] [2].

(١) في (ج) و (د): خطأ في نقل الحديث فجاء فيه: "انزلوهم على حكمهم" والأصل حكمكم".

(٢) هذا اقتباس من حديث طويل أخرجه الإمام مسلم في صحيحه عن سليمان بن بريدة، عن أبيه، قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم، إذا أمّر أميرا على جيش أو سَرِيّة، أوصاه في خاصّته بتقوى الله ومَن معَه من المسلمين خيرا، ثم قال: «اغزُوا باسم الله في سبيل الله، قاتلوا مَن كفَر بالله، اغزُوا ولاتَغُلّوا ولا تَغْدروا ولا تَمثُلوا ولا تقتلوا وليدا، وإذا لقيتَ عدوك من المشركين فادعُهم إلى ثلاث خصال-أو خلال- فأيتُهنّ ما أجابوك فاقبل منهم وكُفّ عنهم، ثم ادعهم إلى الإسلام، فإن أجابوك فاقبل منهم وكُفّ عنهم، ثم ادعُهم إلى التحول من دارهم إلى دار المهاجرين، وأخبرهم أنهم إن فعلوا ذلك، فلهم ما للمهاجرين وعليهم ما على المهاجرين، فإن أبَوا أن يتحوّلوا منها، فأخبرهم أنهم يكونون كأعراب المسلمين، يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المومنين، ولا يكون لهم في الغنيمة والفَيء شيء، إلا أن يجاهدوا مع المسلمين، فإن هم أبوا فسَلْهم الجزيةَ، فإن هم أجابوك فاقبل منهم وكفّ عنهم، فإن هم أبوا فاستعن بالله وقاتلهم، وإذا حاصرتَ أهل حصن، فأرا دوك أن تجعل لهم ذمّة الله وذمة نبيه، فلا تجعل لهم ذمة الله ولا ذمّة نبيه، ولكن اجعل لهم ذمتكَ وذمةَ أصحابك، فإنكم، أن تُخفروا ذممكم وذمَ أصحابكم، أهون من أن تُخفروا ذمة الله وذمة رسوله، وإذا حاصرت أهل حصن، فأرادوك أن تُنزلهم على حكم الله، فلا تنزلهم على حكم الله، ولكن أنزِلهم على حكمك، فإنك لا تدري أتصيب حكمَ الله فيهم أم لا».

كتاب الجهاد، باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث ووصيته إياهم بآداب الغزو وغيرها، الحديث ٤٤٩٧ . وأخرجه أبو داود في كتاب الجهاد، باب في دعاء المشركين، الحديث ١٦١٢، وأخرجه الترمذي في كتاب السير، باب ما جاء في وصية صلى الله عليه وسلم في القتال، الحديث ١٦١٧ والحديث ١٦١٧، وأخرجه أيضا في كتاب الديات، باب ما جاء في النهي عن المثلة الحديث

نهى عن الإنزال على [حكم][1] الله تعالى، وأشار إلى أنه لا يدري؛ لأن حكم الله تعالى ما هو حق قطعا، ويضاف إلى الله تعالى من غير تردّد، وأما[2] المجتهد لا يصيب لا محالة، فلا ينبغي للإمام أن يجيبهم إلى ذلك؛ لأنه لا يقدر على المطلوب.

وما قال: بأن حكم الله تعالى في الكفار معلوم. قلنا: ما ذكر من الحكم فهو حكم الله تعالى في الكفار الذين قهرناهم، وظهرنا عليهم عنوةً، وأما الحكم في الذين تركوا الحراب قبل الظهور عليهم، وطلبوا منا النزول على حكم الله تعالى غير معلوم؛ ولأنهم نزلوا على حكم يتفق الفريقان على أنه حكم الله تعالى فيهم، وهؤلاء ما اعترفوا أن حكم الله تعالى فيهم أحد هذه الأشياء الثلاثة، إذ لو اعترفوا بذلك لانقادوا، وآمنوا به، أو قبلوا الذمة[3].

وهذا بناء على أن المجتهد يخطئ ويصيب. وقال بعض الناس: يصيب لا محالة.

وحكي أن أبا يوسف دخل على الخليفة يوما، وعنده العلماء، يتكلمون في هذه المسألة، وارتفعت أصواتهم، فقال الخليفة: أتاكم القاضي ليفصل بينكم، وسأله عن هذه المسئلة، فقال: "هذا مما لا يعنيني"، فأمر الخليفة بأن يعطى له مائة ألف درهم، وأمر بأن يكتب: "أعطي أبو يوسف مائة ألف درهم بتركه مالا يعنيه"، ثم قال: لا بد أن تقول: فقال: "يخطئ ويصيب".

واستدل بهذا الخبر، فإنه لو كان مصيبا لا محالة لما قال عليه السلام ذلك، إلا أنه إن

١٤٠٨، وأخرجه ابن ماجه في كتاب الجهاد، باب وصية الإمام، الحديث ٢٨٥٨.

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) "أما": ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "الجزية".

أخطأ لا يأثم، بل[1] يثاب، قال الله تعالى: ﴿ففهمناها سليمان وكلاً آتينا حكماً وعلماً﴾[2]، أثنى عليهما، وبيّن أنه أصابها أحدهما، وقد جاء في الأخبار أنه إن أصاب فله أجران، وإن أخطأ فله أجر واحد[3].

هذا كالتحرّي في أمر القبلة، فإن الله تعالى جعل الكعبةَ قبلة، وأمر الناس بالتوجه إليها في الصلاة، وأمر بالتحري عند الاشتباه، ثم المتحري مرة يخطئ، ومرة يصيب، فهذا كذلك.

فإن أخطأ الإمام، وأنزلهم على حكم الله تعالى، فإنه يدعوهم إلى الإسلام؛ لأن الدعاء إلى الإسلام[4] حكم الله تعالى في حق كل كافر، فإن أسلموا فهم أحرار لا سبيل

---

(١) في (ج) و (د): "و" بدل "بل".

(٢) سورة الأنبياء، الآية: ٧٩.

(٣) إشارة إلى ما رواه الإمام مسلم في صحيحه: عن عمرو بن العاص أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد، ثم أخطأ، فله أجر»، كتاب الأقضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، الحديث: ٤٤٦٢، وأخرجه البخاري في كتاب الاعتصام، باب أجر الحاكم إذا اجتهد، الحديث ٧٣٥٢، وأخرجه الترمذي من طريق أبي هريرة في كتاب الأحكام، باب القاضي يصيب ويخطيء، الحديث: ١٣٢٦، وأخرجه ابن ماجه في كتاب الأحكام باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق، الحديث ٢٣١٤، وأخرجه النسائي عن طريق أبي هريرة في كتاب آداب القضاة، باب الإصابة في الحكم، الحديث ٥٣٩٦.

(٤) "إن الدعاء إلى الى الإسلام": ساقط من (ج) و (د).

عليهم، ونساؤهم وذراريهم وأموالهم تسلم لهم(١)، لقوله عليه السلام: "فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم"(٢)، ولأن إسلامهم في هذه الحالة كإسلامهم قبل النزول عن الحصن؛ لأنهم أسلموا طوعا قبل القهر والظهور عليهم، فصار كما لو أسلموا قبل النزول، ويضع على أراضيهم العشر؛ لأنهم صاروا من أهل توظيف العشر.

وإن أبوا الإسلامَ جعلهم ذمة(٣)، يؤدون الجزية عن جماجمهم، والخراج عن الأراضي؛ لأنا نعلم يقينا أن ردّهم إلى مأمنهم - ليكونوا حربا على المسلمين - ليس من حكم الله تعالى فيهم؛ ولأنهم كانوا بهذه الصفة قبل النزول، فإذا نزلوا، وتركوا ذلك باختيارهم(٤)، لم يكن مرادهم الردّ إلى مأمنهم، بل تركوا ذلك إلى شيء آخر.

ولا وجه للقتل والسبي؛ لأنهم نزلوا على حكم الله تعالى، ولا نعلم يقينا أن حكم الله تعالى في الذين تركوا الحرب طوعا، هو القتل والسبي لا محالة، وإنما عرفنا ذلك في الذين ظهرنا عليهم عنوة، فإذا تعذر القتل والأسترقاق، وتعذر الردّ إلى مأمنهم، صاروا محتبسين في دارنا على التأبيد، والكافر لا يترك في دارنا على التأبيد من غير وظيفة، فتوضع عليهم الجزية والخراج، كما وضع على أهل الذمة.

وعن أبي يوسف: أنه يجوز استرقاقهم؛ لأنهم أهل حرب لا أمان لهم، إلا أنهم لا

---

(١) «شرح السير الكبير» ٥/ ٢٢٢٧.

(٢) تقدم تخريجه في ص ١٩٤٦. ؟؟

(٣) لقد علّل الإمام محمد بقوله: لأنهم وقعوا في أيدي المسلمين آمنين، لأن قتالهم حرام على الإمام لما دعوا إلى الإسلام فلا يجعلون فيئا، ولكن يجعلون ذمة. «شرح السير الكبير»: ٥/ ٢٢٢٨.

(٤) في (ج) و (د): "اختيارا".

يقتلون؛ لأن القتل يسقط بالشبهات[1]، وشبهة الأمان هي[2] ثابتة، والشبهة تكفي لدرء القتل، ولا تكفي لدفع الرق، كما في حق النساء والصبيان.

وجه ظاهر الرواية: أن السبي عرف في كافر أخرج عن منفعته قهرا، ولم يوجد، ألا ترى أن من أخرج عن المنفعة قهرا، يجوز سبيه وإن أسلم بعد القهر، وهؤلاء لو أسلموا لا يجوز استرقاقهم، علم أن قتالهم يخالف حال من أخرج عن منفعته قهرا.

واستشهد محمد - رحمه الله - لإيضاح هذه المسألة، فقال: ألا ترى أنه لو وقع الصلح بيننا وبين أهل الحرب[3] بشرط الرهن من الجانبين، على أنه إن غدر أحد الفريقين، وقتل الرهن، فدماء الرهن الآخر حلال، فقتلوا رهنَنا، أيحل لنا أن نقتل رهنهم، ولم يوجد الغدر والخيانة من الرهن، لكنا نجعلهم ذمة يؤدون الجزية؛ لأنه تعذر ردّ رَهنهم لفوات الشرط، وهو ردّ رهننا، فصاروا محتبسين في دار الإسلام، كذلك هنا.

وقد وقعت مسألة الرهن في زمن أبي حنيفة رحمه الله، فجمع أبو جعفر العلماء يستشيرهم، فأشاروا بقتل الرهن، فسأل أبا حنيفة، فقال: ليس لك أن تقتلهم، فقال: ولم؟ وقد شرطنا عليهم شرطا، وكتبنا بذلك كتابا، فقال أبو حنيفة: "شرط الله أوثق، وكتاب الله أحق"، قال وما ذاك؟ قال: "كتاب الله الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه، ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد، وتلا قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[4] فكيف تأخذ الرهن بجناية غيرهم، فغضب الخليفة، وقال: ما دعوتك لشيء إلا جئتني

---

(١) في (ج) و (د): "الشبهة".

(٢) في (ج) و (د): "هنا".

(٣) في (ج) و (د): "بينهم".

(٤) سورة الفاطر، الآية: ١٨.

بمعضله، أخرج من عندي[١].

فلما خرج ألقى في قلبه أن الصواب ما قاله أبو حنيفة رحمه الله، فدعاه وأكرمه، وقال له: أي شيء أفعل، فقال: اعرض الإسلام عليهم، فإن أبوا إجعلهم ذمة، وذلك لأنهم رضوا بالمقام في دارنا إلى أن يردّ علينا رهننا، [وقد تعذر][٢]، ووقع اليأس بقتلهم، فصاروا محتبسين في دارنا على التأبيد برضاهم، فتضرب عليهم الجزية، فاستحسن الخليفة ذلك، وأخذ بقوله[٣].

الفصل الثاني[٤]:

وإن نزلوا على حكم رجل معلوم من المسلمين جاز[٥]، لقوله عليه السلام: "ولكن أنزلوهم على حكمكم"، وذلك لأن الحَكَم ممن يمكن الوقوف على حكمه، والأصل في جواز النزول على حكم الحكَم حديث بني قريظة: أنهم نزلوا على حكم سعد بن معاذ رضي الله عنه، وقد ذكرنا.

فإن حكم الحكَم بقتل مقاتلتهم، وسبي نسائهم[٦] وذريتهم صح؛ لأنه حكم بما يوافق

---

(١) توثيق القصة من المصدر.

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٣)

(٤) زاد في الأصل هنا من الباب.

(٥) انظر «شرح السير الكبير»: ٢/ ٥٨٧.

(٦) "نسائهم": ساقط من الأصل.

الشرع، لحديث بني قريظة. وإن حكم بأن تسبى رقابهم صح، وإن حكم بالمنّ عليهم، وبضرب الجزية على جماجمهم، والخراج على أراضيهم، صحّ أيضا؛ فكل[1] ذلك يوافق حكم الشرع، ولايتعين فيهم حكم سعد بن معاذ رضي الله عنه، وإن شهد لصحة ذلك رسول الله صلى الله عليهم وسلم، لاحتمال أنه إنما حكم بذلك؛ لأنهم نقضوا العهد، وآذوا رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلا يتعين ذلك في حق غيرهم.

وذكر الواقدي رحمه الله: أنهم نزلوا على حكم رسول الله صلى الله وسلم إلا أن النبي صلى الله عليه وسلم فوّض ذلك إلى سعد بن معاذ رضي الله عنه، وقصة ذلك مذكورة في "المغازي"[2].

وإن حكم الحكَم بأن يردّوا إلى مأمنهم، فهو باطل؛ لأنه حكم بما[3] يخالف حكم الشرع؛ ومما لم يدخل تحت الصلح أما لا يوافق حكم الشرع[4] لأن[5] ردّهم إلى مأمنهم

---

(١) في (ج) و (د): "لأن كل".

(٢) ذكره الواقدي في مغازيه بسنده، فقال: ولما جَهَدهم الحصار، ونزلوا على حكم رسول الله صلى الله عليه، أمر رسول الله بأسراهم، فكُتِّفوا رباطا، ثم ساق الحديث مفصلا عنهم، ٢/ ٥٠٩، وقال في ص ٥١٠: فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أما ترضون أن يكون الحكم فيهم إلى رجل منكم، فقالوا: بلى: قال فذلك إلى سعد بن معاذ، وسعد يو مئذ في المسجد راجع للتفصيل كتاب المغازى للواقدى ٢/ ٥٠٦-٥١٢. لمحمد بن عمر بن واقد المتوفى ٢٠٧. وانظر «مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم لعروة ابن الزبير» ص ١٨٨. تحقيق الدكتور مارسدن جونس، عالم الكتب بيروت.

(٣) "بما": ساقط من (ج) و (د).

(٤) قوله "ومما لم يدخل . . . حكم الشرع": ساقط من (ج) و (د).

جعلهم حربا على المسلمين، وذلك باطل، وأما لم يدخل[1] تحت الصلح دلالة؛ لأنهم كانوا في مأمنهم، فنزولهم طوعا يكون تركا لما كانوا عليه دلالة، فلا يصح حكمه[2].

فإن قال الحكَم بعد ذلك: دَعُوني حتى أحكم بقتل أو سبي، في القياس كان[3] له ذلك، وينفذ حكمه الثاني، وفي الاستحسان لا يجوز حكمه الثاني.

وجه القياس: أنه مأمور خالَفَ فعلا، فلا يخرج به عن الحكومة، كالوكيل بالبيع بألف إذا باع بخمسمائة، لا يجوز هذا البيع[4]، ولا يخرج به عن الوكالة.

وللإستحسان وجهان:

أحدهما: أن حكمه تضمن شيئين: أحدهما يوافق حكم الشرع، وهو إبطال القتل والسبي، والثاني يخالف حكم الشرع، وهو الردّ إلى مأمنهم، فبطل ما يخالف، وصح ما يوافق، وتنتهي به الحكومة، فلا يجوز حكمه بعد ذلك بالقتل والسبي[5].

والوجه الثاني: أنه جار في حكمه حيث حكم بما يخالف الشرع، فينعزل.

وهذا الكلام يرجع إلى أصل اختلف الناس فيه، قال بعضهم[6]: القاضي ينعزل

---

(٥) في (ج) و (د): "في ردهم".

(١) في (ج) و (د): "وأنه غير داخل".

(٢) في (ج) و (د): "ذلك مكان حكمه".

(٣) "كان": ساقط من (ج) و (د).

(٤) "هذا البيع": ساقط من (ج) و (د).

(٥) "بالقتل والسبي والجه" ساقط من (ج) و (د).

(٦) هذا قول الإمام أبي بكر أحمد بن عمر الخصاف، واختاره الطحاوي بأن الفاسق إذا إذا قلّد

بالجور والفسق، وكذا الحكم والأمير، واستدلوا بهذه المسألة.

وعامة المشايخ قالوا: بأن القاضي لا ينعزل بالجور والفسق، وكذا الحكَم، وهو الصحيح[1]، وقد نصّ محمد رحمه الله عليه في "كتاب الحدود": أن القاضي لا ينعزل بالجور والفسق، لكنه يؤدّب ويُعزل[2]، إلا إذا كان التقليد بشرط أنه لو جارَ ينعزل، فحينئذ ينعزل لانتهاء الأمر[3].

وحكي عن الفقيه أبي بكر الأعمش[4] رحمه الله أنه فرق بين الأمير، والقاضي،

القضاء لا يصير قاضياً، والقاضي إذا فسق ينعزل. ذكره ابن مازه في «شرح أدب القاضي للخصاف» ٣/ ١٤٨. وهو رأي الفقيه أبي بكر الأعمش، كما حكى عنه قاضي خان بعد سطور.

(١) وقال الكاساني - رحمه الله -: مدللاً هذا القول: بأن العدالة ليست بشرط لأهلية القضاء كما ليست بشرط لأهلية الشهادة. انظر «بدائع الصنائع»: ٧/ ٢٤.

(٢) جاء في شرح أدب القاضي: وقال عامة المشايخ إذا قلّد القضاء يصير قاضياً. وإذا فسق لا ينعزل لكن يستحق العزل. «شرح أدب القاضي للخصاف» ٣/ ١٤٨.

(٣) وصحّحه الفقيه صدر الشهيد ابن مازه في شرحه فقال: والصحيح ما عليه عامة المشايخ أنه يصير قاضيا، وإذا فسق لا ينعزل، وكذا إذا ارتشى لا ينعزل وينفذ قضاؤه إلا فيما ارتشى، فإنه لا ينفذ حكمه فيه . . . وحكى عن الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد بن زنجويه الرازي أنه قال: إني أحفظ عن أصحابنا المتقدمين رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله أن القاضي إذا فسق ينعزل، لكن أدع هذه الرواية، ولا أخالف أصحابي، وأقول بعزله، لكن ما لم يعزل فهو قاضي. «شرح أدب القاضي للخصاف ٣/ ١٤٩.

(٤) هو محمد بن سعيد بن محمد بن عبدالله، أبو بكر، الفقيه، المعروف بالأعمش، تفقّه على أبي بكر محمد بن أحمد الإسكاف، وتفقه عليه ولده أبو القاسم عبيد الله، والفقيه أبو جعفر الهندواني. انظر ترجمته في: طبقات الفقهاء لطاش كبري زاده ص ٥٩، كتائب أعلام الأخيار

والحكم، فقال: القاضي والحكم ينعزل بالجور والفسق وكذا الحكم[1]، أما الأمير لا ينعزل؛ لأن مبنى القضاء والحكومة على العدل والإنصاف، فينعزل بضده، وأما مبنى الإمارة على القهر والغلبة[2].

ألا ترى أن الصحابة رضوان الله عليهم تقلدوا الأعمال ممن جار وغلب، وصلوا خلفه، وجوّزوا أحكامه.

وإذا انتهت حكومته، ولا يصح حكمه الثاني، صار حال هؤلاء كحال من تقدم في الفصل الأول: يعرض الإسلام عليهم، فإن أبوا توضع الجزية على رؤسهم، والخراج على أراضيهم، فإن الحكم بعد ما نزلوا على حكمه أما[3]لا أقبل الحكومة، ورددّت الحكومة عليهم[4]، صح ردّه، حتى لو حكم بعد ذلك لا يجوز حكمه؛ لأن ردّ الحكومة في وجههم فيخرج من الحكومة[5]، كالوكيل بالبيع إذا عزل نفسه بمحضر من المؤكل قبل البيع.

رقم ١٨٤، الطبقات السنية رقم ٢٠١٠، الجواهر المضية برقم ١٣١٤.

(١) في (ج) و (د): "القاضي والحكم ينعزل بالجور والفسق".

(٢) وذكر الصدر الشهيد ابن مازه قولين آخران في المسألة: الأول: منهم من فصل فقال: إذا قلدّ الفاسق يصير قاضيا، وإذا قلّد العدل ثم فَسَقَ ينعزل. الثاني: ومنهم من قال: إن كان القاضي مرتزقا من بيت المال ينعزل بالفسق، وإن لم يكن مرتزقا من بيت المال لا ينعزل، لكن يعزل. انظر «شرح أدب القاضي» ٣/ ١٤٩.

(٣) "أما": ساقط من (ج) و (د).

(٤) وفي (ج) و (د): "ورددت".

(٥) وفي (ج) و (د): "وجهه يخرجه عنها".

وإذا خرج من الحكومة لا يجوز حمكه إلا بالإجازة، ويكون الحكم في حق هؤلاء ما هو الحكم في الذين نزلوا على حكم الله تعالى.

وكذا لو مات الحكم قبل ردّ الحكومة قبل الحكم، كان حكم هؤلاء حكم من نزل على حكم الله تعالى، لتعذر الوصول إلى حكم الحكم.

وإن شرطوا في الصلح أنه إن حكم فلان فحكمه ماض، وإن لم يحكم بلّغتمونا مأمننا صح، وكان الحكم على ما شرطوا؛ لأن الردّ إلى المأمن قد يستحق بحكم الشرط، قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ﴾ الآية[1]

ولو شرطوا في الصلح أنه إن حكم بأن يبلغوا مأمنهم، امضوا حكمه فكذلك، إن حكم الحكم بردّهم[2] إلى مأمنهم نفذ حكمه؛ لأنهم ما نزلوا إلا بهذا الشرط، والوفاء بالشرط واجب، قال عليه السلام: «الشرط أملك»[3]، ولكن يكره للحكم أن يحكم به؛ لأن في الإعادة إلى مأمنهم إعادة إلى دار الحراب، وتكثير سَوادهم.

ـ والله أعلم ـ

---

(١) سورة التوبة، الآية: ٦.

(٢) وفي الأصل "بالرد".

(٣) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه من حديث عائشة مطولا، وفيه: «شرط الله أحقّ وأوثق»، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، الحديث ٣٧٥٣، و في الأيمان الحديث ٤٣٠٧، و ٤٣٠٨، ٤٣٠٩ و ٤٣١٠، وأخرجه البخاري في كتاب الشركة، الحديث ٢٤٩١، والحديث ٢٥٠٤، وفي العتق الحديث ٢٥٢٦ و ٢٥٢٧، وأخرجه أبوداود في العتق الحديث ٣٩٣٤، و ٣٩٣٥، و٣٩٣٦، و٣٩٣٧، وأخرجه الترمذي في كتاب الأحكام الحديث ١٣٤٨، وأخرجه ابن ماجه في العتق الحديث ٢٥٢٧.

باب ما استهلك من الغنائم

بنى الباب على أن حق الملك لا يضمن بالإتلاف، وبدرء الحد والقصاص، أما لا يضمن بالاتلاف[1]؛ لأن مبنى الضمان على المماثلة، وحق الملك لا يماثل حقيقة الملك، فلا يستحق به إزالة الملك على المتلف، وأما منع الحد والقصاص؛ لأنه فوق الشبهة، وإنها تدرأ، فحق الملك أولى.

وفي الباب فصلان: فصل في استهلاك الغنيمة، وفصل في الاستبراء.

الفصل[2] الأول: قال محمد رحمه الله:

جيش دخلوا دار الحرب، فأصابوا غنائم وسبايا، ولم يخرجوها إلى دار الإسلام، ولم تقسم حتى فجَرَ رجل بامرأة من السبي، فخاف أن تخبر[3] الإمام، فقتلها، ثم علم الإمام بما صنع، لم يكن عليه حد، ولا عقر، ولا ضمان[4]، أما لا حد ولا قصاص؛ لأن سبب الملك قائم في حقه، وهو الاستيلاء، فأورث ذلك شبهة في المحل، كمن اشترى

---

(١) "بالاتلاف": ساقط من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "أما الأول".

(٣) في (ج) و (د): "يخبر" وهو الصحيح.

(٤) لكنه يؤدب ويعزر على ما صنع، لأنه فوّت على الإمام رأيه في الغنيمة، ولأنه لو لم يؤدب يتجاسر عليه مثله، وقد أشار إليه الشارح في الباب بعد صفحات وانظر «شرح السير الكبير» ٣/ ١٠٢٧، ١٠٢٨، «الفتاوى التاتارخانية» ٥/ ٢٩٨.

جارية بشرط الخيار للبائع، ووطئها، لا يجب عليه الحد؛ ولأن يد الكفار لم تنقطع من كل وجه، فبقيت شبهة الإباحة، ولو فعل ذلك قبل الإصابة لا يجب عليه حد ولا قصاص، فكذلك هنا.

وأما عدم وجوب الضمان، فلأن الثابت للغزاة قبل الإحراز وقبل القسمة مجردُ الحق، أما ثبوت الملك متعلق بالإحراز والقسمة[1]، أما تعلق الحكم بتمام السبب، أو تعلق السبي[2] بالشرط، ولهذا لو مات واحد منهم، لا يورث نصيبه[3]، ويشاركهم المدَد، ومجردُ الحق لا يضمن بالإتلاف، كما لو شهد شاهدان على رجل بتسليم الشفعة، وقضى القاضي بذلك، ثم رجعا، فإنهما لا يضمنان.

لا يلزم على ما قلنا: الراهن إذا أتلف المرهون، فإنه يضمن، وإن لم يتلف الملك؛ لأنا نقول[4]: المنفى زيادة الضمان على الأول، وفي فصل[5] الرهن لا يجب الضمان على

---

(١) أصل هذا ما ذكره المرغيناني وابن الهمام أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عند الحنيفة، ويثبت الملك إلا بالقسم في دار الإسلام، وصرّح ابن الهمام قائلا: فلا يثبت بالإحراز بدار الإسلام ملك لأحد، بل يتأكد الحق. ثم نقل عن السرخسي قوله: فالحق يثبت بنفس الأخذ ويتأكد بالإحراز، ويملك بالقسمة كحق الشنعة يثبت بالبيع ويتأكد بالطلب ويتم الملك الأخذ راجع للتفصيل الهداية مع فتح القدير ٥/ ٤٦٦ ٤٦٧، «بدائع الصنائع» طبع جديد ٧/ ١٨١، و«المسبوط» ٩/ ٣٣.

(٢) في (ج) و (د): "الحكم" وهو الصحيح.

(٣) انظر «الهداية» ٢/ ١٤٣، و«فتح القدير» ٥/ ٤٦٦، ٤٧٢.

(٤) "لأنا نقول" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "فصل" ساقط من (ج) و (د).

وجه يزول عن ملك الراهن، بل يبقى على ملكه، ويكون محتبسا عند المرتهن قائما مقام الأول، فكان مثل الأول.

أما هنا لو وجب الضمان يزول عن ملكه، فيكون زيادة على الأول؛ ولأن حق المرتهن حق متأكد؛ لأنه لو ملك اليد لا تردّ عليه الإزالة إلا برضاه، ولهذا يجري فيه الإرث بمنزلة حق المكاتب، والحقوق المتأكدة ملحقة بالملك، فكان مضمونا بالإتلاف أما الحق في القيمة قبل الإحراز وقبل القسمة غير متأكد، فلا يضمن بالإتلاف.

وكما لا يجب عليه[1] الضمان لا يجب العقر؛ لأن المستوفى بالوطء بمنزلة الجزء، وإتلاف الكل لا يوجب الضمان، فإتلاف الجزء أولى، ولأن يد الكفار باقية من وجه، فبقيت شبهة الإباحة.

وكذا لو استهلك مالا آخر، نحو الأسلحة والأمتعة والدواب[2]، وكذا لو قتل صبيا أو امرأة، لا يضمن، لما قلنا، لكنه يؤدّب ويعزر في جميع ذلك[3]؛ لأنه فوت على الإمام رأيه في الغنيمة[4]، ولأنه لو لم يؤدّب يتجاسر عليه مثله، فيمتنع الملك للغانمين.

---

(١) "عليه": ساقط من (ج) و (د).

(٢) قال قاضي خان في فتاواه: وإن أتلف في دار الحرب من الغنيمة ماله قيمة، لا ضمان عليه ... لأنه لا يتأكد فيها حق الغانمين قبل الإحراز بدار الإسلام فيكون بمنزلة مال الحربي. «فتاوى قاضي خان ٣/ ٥٦٦.

(٣) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٥/ ٢٩٩.

(٤) انظر «شرح السير الكبير» ٣/ ١٠٢٧، ١٠٢٨.

وكذا لو كان المستهلك من غير الغانمين، لا يضمن، ويؤدب لما قلنا[1].

وإن كانت لأنها لما احرزت بدار الإسلام[2] انقطع يد الكفرة الغنائم أحرزت بدار الإسلام، ولم تقسم، والمسألة بحالها، يضمن جميع ما أتلف[3]؛ يد عنها من كل وجه، فصارت ملكا للغانمين، أو تأكد حقهم فيها، ولهذا لو مات أحدهم يورث نصيبه[4]، ولا يشاركهم المدد، وقيام الشركة العامة يمنع[5] الضمان، كما لو أتلف شيئا من مال بيت المال.

وإن قتل صبيا أو امرأة، لا يقتصّ منه[6]؛ لأن له شركة في المقتول، فيدرء وجوب القصاص عنه، ثم ينظر إن كان القتل عمدا تجب القيمة[7] في ماله في ثلاث سنين؛ لأن العاقلة لا تعقل العمد، وإن كان خطأ فعلى عاقلته في ثلاث[8] سنين، كما لو قتل شخصا آخر خطأ.

(١) «الفتاوى التاتارخانية» ٥/ ٢٩٩ .

(٢) وفي (ج) و (د): "لأن بعد الإحراز انقطعت يد الكفار".

(٣) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٥/ ٢٩٩.

(٤) انظر «فتح القدير» ٥/ ٤٦٧ .

(٥) وفي (ج) و (د): "لا ينافي".

(٦) «الفتاوى التاتارخانية» ٥/ ٢٩٩.

(٧) الأولى أن يقال: «تجب الدية في ماله» كما صرّح به في «الفتاوى التاتارخانية» ٥/ ٢٩٩.

(٨) «شرح السير الكبير» ٣/ ١٠٢٨، «الفتاوى التاتارخانية» ٥/ ٢٩٩.

وكذا لو زنى بامرأة من السبى لايجب الحد[1]؛ لما قلنا في القصاص، ويجب العقر[2] إعتباراً لإتلاف الجزء بإتلاف الكل.

وإن قتل رجلا من السبي، لايجب عليه قصاص، ولا ضمان[3]، وكذا إذا قطع يده؛ لأن للإمام أن يقتل المقاتلة بعد الاحراز، إذا رأى المصلحة في ذلك[4]، فكانوا مبقين[5] علي الإباحة في حقه. ومن قتل مباح الدم لايضمن[6]، وإن لم يأمره الإ مام، كما لو قتل مرتدا إلا أنه يؤدب؛ لأنه أفتات على الإمام رأيه، فيؤدب؛ ليكون زاجرا له ولغيره، وصار

(١) يسقط الحد عنه لثبوت حق متأكد. «المسبوط» ١٠/ ٥٠.

(٢) لأن الوطء في دار الإسلام لا ينفك عن حد أو عقر انظر «المسبوط» ١٠/ ٥٠ و«كتاب السير والخراج والعشر» ١١٦، و«الفتاوى التاتارخانية» ٥/ ٢٩٩.

(٣) «الفتاوى التاتارخانية» ٥/ ٢٩٩.

(٤) نقل الإمام السرخسي عن الحسن رضي الله عنه، وحماد بن أبي سليمان رحمه الله أنهما كانا يكرهان قتل الأسارى بعد ما وضعت الحرب أوزارها، ثم ناقش أدلتهما، ورجّح قول الحنفية بجواز قتلهم بعد الأسر أيضا استدلالا بقصة بني قريظة، فقد قتلهم رسول الله ﷺ بعد الأسر وبعد ما وضعت الحرب أوزارها، ولأن الأمن عن القتل إنما يثبت بالأمان أو الإيمان، وبالأسر لايثبت شيء من ذلك، فبقي مباح الدم على ما كان قبل الأسر، وهو بالأسر لم يخرج من أن يكون محاربا، ولكنه عجز عن المحاربة لكونه مقهورا في أيدي المسلمين، مع قيام السبب الذي يحمله على ذلك وهو المخالفة في الدين. يرجع للتفصيل: «شرح السير الكبير» ٣/ ١٠٢٧.

(٥) في الأصل "مبقا" وهو خطأ وما أثبت من (ج) و (د).

(٦) قال الإمام السرخسي: من قتل حلال الدم لا شيء عليه، كمن قتل مرتدا أو مقضيا عليه بالرجم. «المسبوط» ٩/ ٢٠٤، «شرح السير الكبير» ٣/ ١٠٢٧.

قتل الرجال بعد الإحراز كقتلهم قبل الإحراز[١].

ولو قسم الإمام الغنائم بعد ما أحرزت بدار الإسلام، فأتلف رجلى[٢] شيأ مما وقع في نصيب أصحابه، ضمن[٣].

وإن قتل مملوكا من نصيب أصحابه عمدا، يجب القصاص، وإن كان خطأ تجب القيمة على عا قلته[٤].

ومن فجر بجارية من نصيب غيره، يحدّ[٥]؛ لأن كل واحد منهم ملك ملكا خاصا، وانتفت الشبهة من كل وجه، فإن[٦] كان المقتول مما وقع في الخمس، تجب القيمة، ولا يجب القصاص[٧]؛ لأن له حقا في الخمس، لو احتاج كان له أن يأخذ منه؛ لأن الخمس

---

(١) جاء في «شرح السير الكبير»: ثم يستوي في ذلك ما بعد الإحراز بدار الإسلام وما قبله، لانعدام السبب الموجب لحرمة دمائهم، فإن الحق لايتأكّد للمسليمن في الأسارى بعد الإحراز بالدار. . وإذا لم يتأكد الحق فيهم كان الحكم فيهم بعد الإحراز كالحكم قبله، والإمام ناظر للمسلمين، فإن رأى الصواب في قتلهم قتلَهم لدفع فتنتهم، قال الله تعالى: ﴿وقاتلوهُم حتى لاتكونَ فتنةٌ﴾ [التوبة: ٥] ومن أسلم منهم حرم قتله لقوله تعالى: ﴿ فإن انتَهَوا فَلا عُدوانَ إلا على الظالمين﴾ [البقرة: ١٩٣]. «شرح السير الكبير» ٣/ ١٠٢٦.

(٢) "رجل": ساقط من (ج) و (د).

(٣) «الفتاوى التاتارخانية» ٥/ ٢٩٩.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

(٦) في (ج) و (د): "وإن".

(٧) «الفتاوى التاتارخانية» ٥/ ٢٩٩.

معَدّ للصرف إلى الفقراء، والمساكين، وأبناء السبيل بمنزلة بيت المال. ومن قتل عبدا من بيت المال لا يجب عليه القصاص؛ لمكان الشبهة، وتجب القيمة؛ لأن الشبهة لا تمنع وجوب الضمان، كذلك هنا، إلا أنه يؤدب ويعزر؛ لما قلنا.

وإن رأى الإمام قسمة الغنائم في دار الحرب، وقسم فهو ومالو قسم في دار الإسلام سواء[1]؛ لأن القسمة في دار الحرب قضاء في موضع الإجتهاد، فنفذ، وملك كل واحد منهم[2] ما أصابه ملكا خاصا، وانقطعت عنه[3] الشركة، وانتفت الشبهة، فمن أتلف شيئا من نصيب غيره ضمن.

وإن قتل عمدا هل يجب القصاص في دار الحرب، ذكر الزعفراني: أنه يجب إذا قتل في ولاية الأمير، وهذا ظاهر فيما إذا كانت القسمة[4] بين الغانمين[5] من الإمام؛ لأن له ولاية استيفاء القصاص، وإقامة الحد، فأما أمير الجند فليس له ذلك[6]، هكذا ذكر الكرخي في مختصره.

---

(١) قد ناقش المرغيناني وابن الهمام مسألة "جواز قسمة الغنيمة في دار الحرب" مفصلا فليراجع «الهداية مع فتح القدير» ٥/ ٤٦٤ - ٤٦٦، وانظر «بدائع الصنائع» ٧/ ١٨٠. «والنتف في الفتاوى للسغدي» ٢/ ٧٢٥.

(٢) "منهم": ساقط من (ج) و (د).

(٣) "عنه": ساقط من (ج) و (د).

(٤) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل "القسمتين".

(٥) "بين الغانمين" ساقط من (ج) و (د).

(٦) «شرح السير الكبير» ٥/ ١٨٥١.

فإن كان المقتول من الخمس، يجب الضمان، ولا يجب القصاص لما ذكرنا في الوجه الأول[1]، وكذا لو باع الإمام الغنائم في دار الحرب، فبيعه بمنزلة القسمة.

ولو نَفَّل[2] الإمام سرية، وقال: "ما أصبتم فهو لكم"، فأصابوا غنائم، ملكوا الأموال بنفس الإصابة[3]، من مات منهم يورث نصيبه، ولا يشاركهم المدد؛ لأن التنفيل تحريض على القتال بوعد الغنيمة، وذلك لا يتحقق إلا بالتمليك بنفس الإصابة، فكان التنفيل بمنزلة القسمة، وإذا ثبت الملك بنفس الإصابة، فإذا أتلفه إنسان ضمن.

وكذا لو قال الإمام[4]: "من قتل قتيلا فله سلبه"، فهو جائز، ومن قتل قتيلا كان سلبه له بنفس القتل، حتى لو أتلفه إنسان ضمن[5].

وسلبه دابّته التي كان عليها، وسلاحه، وسرجه، وجميع ما كان معه من الذهب، والفضة، والثياب[6]، فأما ماله على دابة أخرى، أو في المعسكر من الأموال والعبيد،

---

(١) "في الوجه الأول": ساقط من (ج) و (د).

(٢) يقال: نفَّله تنفيلا، ونفَلَه: بالتخفيف نفلاً، لغتان فصيحتان. وهو من النفل: أي الزائد، ومنه النافلة للزائد على الفرض. والتنفيل في الشرح: إعطاء الإمام الفارسَ فوق سهمه. انظر «المغرب» ٢/ ٣١٩، و «فتح القدير» ٥/ ٥٠٠.

(٣) «فتح القدير» ٥/ ٥٠١.

(٤) "الإمام" ساقط من (ج) و (د).

(٥) وهذا عند الإمام محمد رحمه الله لأن التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب. «الفتاوى التاتارخانية» ٥/ ٢٩٩، و «فتح القدير» ٥/ ٥٠٥.

(٦) في الهداية: والسلب: ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه، وكذا ما كان على مركبه من السرج والآلة، وكذا ما معه وعلي الدابة من ماله في حقيبته أو على وسطه، وما عدا ذلك فليس

فليس ذلك من سلبه؛ لأن "السلب" إسم لما يسلب منه، وإنما يسلب منه ما كان معه، أو حاملا له، أما غير ذلك لا يسلب منه[1].

ولو ظهر الإمام على بلدة من بلاد أهل الحرب، وأجرى فيها أحكام الإسلام[2]، فإنها تصير "دارالإسلام" بالإجماع، ويكون[3] الإمام بالخيار إن شاء مَنّ عليهم، وإن شاء قسم على الوجه الذي ذكرنا[4].

فإن لم يختر الإمام[5] شيئا حتى أتلف رجل من الغانمين شيئا من تلك الأموال ضمن؛ لأن هذا الموضع لما صار دارَ الإسلام كانت الغنائم محرزة بدار الإسلام، فكان حكم هذه الأموال حكم الغنائم بدار الإسلام.

ولو قتل رجلا من الغنيمة، لا يجب عليه ضمان ولا قصاص[6]، كما لو قتل رجلا منهم بعد الإحراز بدار الإسلام.

ثم ينظر: إن رأى الإمام قِسمتها بين الغانمين ضمّ ضمان المتلف إلى ذلك، فيقسم

بسلب انظر «الهداية» ٢/ ١٤٩ و «فتح القدير» ٥/ ٥٠٥.

(١) قال المرغيناني: وما كان مع غلامه على دابة أخرى فليس بسلب. «الهداية» ٢/ ١٤٠.

(٢) كجمعة وعيد «ردّ المحتار» ٤٥/ ١٧٥.

(٣) "يكون": ساقط من (ج) و (د).

(٤) راجع للتفصيل «شرح السير الكبير» ٣/ ١٠٢٤.

(٥) "الإمام" ساقط من (ج) و (د).

(٦) يقصد أنه لايحكم عليه بالضمان أو القصاص فور ذلك، إنما يتعين حكمه حسب مصيره في المستقبل، الذي فصّله في الفقرة التالية.

الكل؛ لأن الضمان بدل عن المتلف قائم مقامه، ولو كان المتلف قائما يدخل في القسمة، فكذا الضمان.

وإن رأى الإمام[1] أن يجعلهم ذمة يؤدون الخراج، ومَنّ عليهم بأموالهم جاز، ويكون قيمة المستهلك للغانمين، ولا حق لأهل الذمة فيه؛ لأن الغنيمة عند الاستهلاك كانت للغانمين، وإنما ثبت الحق لأهل الذمة بالمن، فلا يظهر حقهم في المستهلك، كما لا يظهر في المأخوذ منهم قبل الفتح.

وإذا بقي الضمان للغانمين يأخذ منه الخمس، ويقسم أربعة أخماسه بينهم، فإن كان لا يحتمل القسمة لقلّته، وكثرة الغانمين، وضعه في بيت مال الخراج والجزية؛ لأنه لما منّ عليهم بالرقاب والأراضي، ووضع الجزية والخراج عليهم، فقد جعل الكل مصروفا إلى المقاتلة معنى، والضمان بدل جزء من أجزاء[2] الغنيمة، فيصرف مصرف الكل.

وإن لم يخرج الضمان من المستهلك حتى قسم الإمام الأراضي وما ظهر عليه بين الغانمين بعد رَفع الخمس، ثم خرج الضمان من المستهلك، ولم يحتمل القسمة لقلته، ولكثرة من أصابه، جعل ذلك للفقراء والمساكين وأبناء السبيل، بخلاف ما لو منّ عليهم.

والفرق أن الإمام في هذا الوجه لما[3] قسم فقد قرر حق أصحاب الخمس في الخمس، وحق الغانمين في الباقي، فإن تعذر صرف أربعة أخماس الضمان إلى الغانمين، لم يتعذر الصرف إلى مصارف الخمس، فيصرف الكل إلى مصارف الخمس، أما قدر

---

(١) "الإمام": ساقط من (ج) و (د).

(٢) "أجزاء": ساقط من (ج) و (د).

(٣) قوله: "الإمام في هذا الوجه" ساقط من (ج) و (د).

الخمس فظاهر، وأما أربعة أخماسه؛ فلأنه حق الغانمين، وقد تعذر الإيصال إليهم، فصار بمنزلة اللقطة، فيصرف إلى مصرف الخمس؛ لأنه محل حق[1] الفقراء.

أما الوجه الأول لما مَنّ الإمام[2] عليهم فقد أبطل حق أرباب الخمس أصلا، وجعل حق الغانمين في الجزية والخراج، فيصرف إلى بيت مال الخراج.

وذكر محمد رحمه الله في السير: والي العسكر إذا قسم الغنائم، وبقي شيء يسير لايحتمل القسمة لقلته، فإنه يتصدق على المساكين؛ لأنه حق الغانمين، وقد تعذر الإيصال إليهم، فكان بمنزلة اللقطة، إلا أن في اللقطة ينتظر، رجاء أن يحضر صاحبها، وهنا لاينتظر؛ لأن الإيصال إلى المالك متعذر.

[الفصل الثاني : في الاستبراء] [3]

ولو نفّل الإمام قوما جواري، وقال: "من أصاب جارية فهي له"، صح[4]؛ ليكون تحريضا على القتال، فإن أصاب رجل جاريةً، سلمت له، فإن استبرأها في دار الحرب بحيضة، كره له أن يطأها في قول أبي حنيفة[5]، ذكر الكراهيةَ وأراد به التحريم[6].

---

(١) "حق" أثبتناه من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "أما إذا منّ عليهم" بدل قوله: "أما الوجه الأول لما".

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من الباحث، وهوا اقتضاء نهج الشارح، فقد ذكر في فاتحة الباب أن في الباب فصلان، وصرّح بالأول ولم يصرح بالثاني.

(٤) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٥٦٦ .

(٥) ورد ذلك في «شرح السير الكبير» وذكر أنه قول الإمام أبي يوسف رحمه الله أيضا. «شرح السير الكبير» ٣/ ٢٢٧٩ .

وقال محمد: لابأس بذلك[1]، وذكر هذه المسئلة في "السير الصغير"، وقال: كره له أن يطأها، ولم يذكر فيه خلافا[2]. قالوا ذاك قول أبي حنيفة ومحمد الأول، وما ذكر هنا قوله الأخير[3].

وأجمعوا على أنه لايحل للمتلصص أن يطأها قبل الإحراز بدار الإسلام[4].

لمحمد: أنه ملكها ملكا كاملا ليس لغيره فيها حق ولاشركة، بدليل أنه لو مات تورث عنه، ولو أتلفها إنسان يضمن له القيمة، ولايشاركه المدد[5]، أما المتلصص لم يملكها قبل الإحراز بدار الإسلام[6]، ولهذا يشاركه المدد[7]، ونحو ذلك[8].

---

(٦) فقد أفتى الحصكفي برأي أبي حنيفة وجزم بقوله: لم يحل له ولمؤها ولا بيعها قبل الإحراز. انظر «ردّ المحتار» مع حاشيته «ردّ المحتار» ٤/ ١٥٧.

(١) في (ج) و (د): "لا بأس به".

(٢) أي ذكر الإمام محمد رحمه الله الخلاف في الزيادات، ولم يذكره في السير الصغير.

(٣) ولذا أثبت قاضي خان هذا الخلاف في فتاوه فقال: «لا يحل له وطؤها في قول أبي حنيفة وقال محمد رحمه الله تعالى يحل له وطؤها». «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٥٦٦.

(٤) أي قبل أن يخرجها، ويحرزها بدار الإسلام، ثم يستبرئها. انظر «شرح السير الكبير» ٣/ ٢٢٨٠، «ردّ المحتار» ٤/ ١٥٧.

(٥) «شرح السير الكبير» ٣/ ٢٢٧٩، ٢٢٨٠.

(٦) "بدار الإسلام" ساقط من (ج) و (د).

(٧) كذا في (ج) و (د)، وكان في الأصل: "ولهذا الوجه المدد يشاركه" وما ثبت أوضح.

(٨) انظر «شرح السير الكبير» ٣/ ٢٢٨٠.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الملك في دار الحرب قاصر بدليل الحقيقة، والحكم[1].

أما الحقيقة: فلأن الملك عبارة عن القدرة والإختصاص، وذلك لايتمّ إلا بانقطاع يد الغير، ويد الكفار في دار الحرب قائمة من وجه، وتوهم الإستنقاذ في كل ساعة وزمان ثابت على ما عرف.

وأما الحكم: ما ذكر في السير أنه لو وهب هذا المنفل له الجارية لرجل[2]، فأخرجها إلى دار الإسلام، ينقطع حق الواهب في الجارية[3]، لحدوث زيادة الملك، وزيادة الملك بمنزلة زيادة في[4] العين، فثبت أن الملك في دار الحرب قاصر، إلا أن الملك القاصر يكفي لوجوب الضمان والميراث، وانقطاع حق[5] الشركة، ولا يكفي لحل الوطء، كالمبيعة ببيع فاسد.

وإن قسم الإمام الغنائم في دار الحرب، فأصاب رجل[6] جارية، فقبضها، واستبرأها بحيضة، أو باع الغنائم في دار الحرب فباع جارية من رجل[7]، فقبضها المشتري[8]،

---

(١) ولأن الملك في المنفّل إنما يثبت للمنفل له بالأخذ، فلا يتمّ هذا الملك قبل الإحراز بدار الإسلام. «شرح السير الكبير» ٣/ ٢٢٧٩.

(٢) وفي (ج) و (د): "من رجل".

(٣) في (ج) و (د): الاسترداد" مكان "الجارية".

(٤) "في" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "حق" أثبتناه من (ج) و (د)، وساقط من الأصل.

(٦) في جميع النسخ "رجلا" وهو خطأ.

(٧) "فباع جارية من رجل" : ساقط من (ج) و (د).

واستبرأها بحيضة[1]، كان له أن يطأها، و[2] لم يذكر الخلاف في هاتين المسألتين.

قال بعضهم: هما على هذا[3] الخلاف أيضا، وما ذكر من الجواب قول محمد، وقال بعضهم: في هاتين المسئلتين عند أبي حنيفة يكره الوطئ كراهية التنزيه، لا كراهية التحريم؛ لأن الملك تم بقضاء الإمام، إلا أنه لو وطئها ربما تحبل، ثم يستنقذها الكفار من يده، فيبقى له نسل في دار الحرب، فيتخلّق بأخلاقهم، وعسى يسترق، فيكون الوطئ تعريضا للولد على الكفر أو الرق، فكان مكروها.

ولهذا قلنا: إنه[4] إذا تزوج امرأة في دار الحرب يكره له أن يطأها، وإن تم ملك النكاح، ومحمد يفرق بين المملوكة والمنكوحة، قال في المنكوحة: لا يباح العزل بغير إذنها[5]، فيؤدي الوطئ إلى تعريض الولد، أما في الأمة يباح له العزل بغير إذنها، فلا يؤدي إلى ذلك.

فلو أن المنفل له الجارية بعد ما استبرأها بحيضة، أخرجها إلى دار الإسلام قبل الوطئ، عند أبي حنيفة لا يجتزى بتلك الحيضة عن الاستبراء[6]، ويشترط حيضة أخرى

---

(٨) "المشتري" ساقط من الأصل أثبتناه من (ج) و (د).

(١) "بحيضة" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "و" أثبتناها من (ج) و (د).

(٣) "هذا" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "إنه" ساقط من (ج) و (د).

(٥) في (ج) و (د): "إلا برضاها".

(٦) "عن الاستبراء" ساقط من (ج) و (د).

في دار الإسلام.

وعلى قول[1] محمد لما اكتفى بتلك الحيضة لا يشترط حيضة[2] أخرى[3]، وفي المتلصّص يشترط حيضة أخرى في دار الإسلام؛ لأن الأولى إذا لم تعتبر صارت كأن لم تكن[4].

- والله أعلم -

(١) في (ج) و (د): "عند".

(٢) "حيضة": ساقط من (ج) و (د).

(٣) انظر «شرح السير الكبير» ٣/ ٢٢٨٠.

(٤) لأن الملك لا يثبت للمتلصص قبل الإحراز. انظر «شرح السير الكبير» ٣/ ٢٢٨٠.

باب ما يحرزه العدوّ فيصير للمسلمين بشراءٍ جائز أو فاسد وما لا يجري فيه الإحراز

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن المالك القديم إذا وجد مالَه في ملك عام[1]، أخذه بغير شيء[2]، وإن وجده في ملك خاص، فإن كان الذي في يده ملكَه بمعاوضة صحيحة، يأخذ المالك[3] بمثل العوض إن كان مثليا، وبقيمة العوض إن لم يكن العوض[4] مثليا[5].

وإن كان الذي في يده ملكه بعقد فاسد، أو بغير عوض، يأخذه بقيمة ماله، إن كان من ذوات القيم، وإن كان مثليا لا يأخذ؛ لأنه لو أخذه أخذه بمثله، فلا يفيد[6]، ودلائل هذا

(١) أي وجده المالك قبل القسمة. انظر «الهداية» مع «فتح القدير» ٦/ ٦.

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٦٩، «فتح القدير»: ٦/ ٦، «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٤٦٦، «مختصر الطحاوي»: ص ٢٨٦، «فتاوى قاضي خان»: ٣/ ٥٦٨.

(٣) في (ج) و (د): "يأخذه".

(٤) "العوض": ساقط من (ج) و (د).

(٥) لأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه، فكان له حق الأخذ نظراً له، إلا أن في الأخذ بعد القسمة ضرراً بالمأخوذ بإزالة ملكة الخاص، فيأخذه القيمة ليعتدل النظر من الجانبين، والشركة قبل القسمة عامة، فيقلّ الضرر فيأخذه بغير قيمة. «الهداية»: ٢/ ١٥٠.

(٦) انظر «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٦٩، و«فتح القدير»: ٦/ ٦، ٧، و«مختصر الطحاوي» ص:

تعرف في خلال المسائل[١].

والثاني: أن ما لا يجوز بين المسلمين من عقود الربا، إذا جرى بين المسلم والحربي يجعل احتيالا لأخذ مال الحربي[٢] في قول أبي حنيفة ومحمد، ولا يعتبر بيعا تصحيحا للتصرف، وعلى قول أبي يوسف يعتبر بيعا فاسدا، لحرمة الربا من غير فصل[٣].

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله:

٢٨٦، و«مختصر اختلاف العلماء: ٣/ ٤٦٧، و «الجامع الصغير» س: ٣١٢، و«فتاوى قاضي خان: ٣/ ٥٦٨.

(١) قال السرخسي رحمه الله في «شرحه للسير الكبير»: استدل على ذلك بأحاديث رواها في الكتاب، منها حديث تميم بن طرفة قال: أخذ المشركون ناقة لمسلم فأبتاعها منه فسلم، فارتفعوا إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال عليه السلام: «أعطه ثمنها الذي ابتاعها به وإلا فخل بينها وبينه. «السير الكبير»: ٤/ ١٢٩٨.

(٢) وفي (ج) و (د): "أموالهم".

(٣) يقول الكاساني: إذا دخل مسلم أو ذمي دار الحرب بأمان فعاقد حربياً عقد الربا أو غيره من العقود الفاسدة في حكم الإسلام جاز عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله ... و قال أبو يوسف: لا يجوز للمسلم في دار الحرب إلا ما يجوز له في دار الإسلام، وجه قوله إن حرمة الربا ثابتة في حق العاقدين أما في حق المسلم فظاهر وأما في حق الحربي فلأن الكفار مخاطبون بالحرمات قال تعالى: ﴿وأخذهم الربوا وقد نهوا عنه﴾ [النساء: ١٦١] ولهذا حرم مع الذمي والحربي الذي دخل دارنا بأمان. «بدائع الصنائع»: ٧/ ١٩٦.

وقال الشيخ عالم بن العلاء: والمحققون من مشايخنا قالوا: ليس في المسألة اختلاف الروايتين، ولكن ما ذكر في «السير الكبير» قول أبي حنيفة ومحمد، وما ذكر في الزيادات قول أبي يوسف. «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٧٠.

رجل له كرّ من تمر فارسي جيد، فأخذه المشركون (منه)[1]، وأحرزوه بدارهم، فاشتراه مسلم منهم بكري تمر دقل، وأخرجه إلى دار الإسلام، فوجده المالك القديم، لم يكن له أن يأخذه؛ لأنه لا وجه أن يأخذه[2] بغير شيء؛ لأنه وجده في ملك خاص[3]، وقد قال عليه السلام لصاحب الناقة: «إن وجدتها قبل القسمة أخذتها بغير شيء، وإن وجدتها بعد القسمة أخذتها بالقيمة إن شئت»[4].

ولأن استيلاء الكافر يشبه الغصب من وجه، ويشبه الاستيلاء على المال المباح من وجه[5]؛ لأن ابتداؤه يرد على المال المعصوم في دار الإسلام، ويتمّ بعد الإحراز بدار

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د) "إلى أخذه".

(٣) انظر «السير الكبير»: ٤/ ١٢٩٨، و«الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٦٩.

(٤) أخرج الدارقطني، و البيهقي في "سننيهما" عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «فما أحرز العد فاستنقذه المسلمون منهم، وإن وجده صاحبه قبل أن يقسم فهو أحق به، وإن وجده قد قسم، فإن شاء أخذه بالثمن.

وأخرج الطبراني في "معجمه": عن جابر بن سمرة قال: أصاب العدو ناقة رجل من بني سليم، ثم اشتراها رجل من المسلمين، فعرفها صاحبها، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم، فأخبره، فأمره عليه السلام: «أن يأخذها بالثمن الذي اشتراها به صاحبها من العدو، وإلا يخلى بينه وبينها.

ورواه أبو داود في "مراسيله": عن تميم بن طرفة قال: وجد رجل من رجل ناقة له، فارتفعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم وأقام أنها ناقته، وأقام الآخر البينة أنه اشتراها من العدو، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «إن شئت أن تأخذه بالثمن الذي اشتراها به، فأنت أحق بها، وإلا فخل عن ناقته. «نصب الراية» باب استيلاء الكفار: ٣/ ٤٣٤.

(٥) انظر «فتح القدير»: ٦/ ٣، و«بدائع الصنائع»: ٧/ ١٨٩.

الحرب في المال المباح[1]، فعملنا بشبه الغصب، وأثبتنا له حق الأخذ بغير شيء في الملك العام، وعملنا بشبه الاستيلاء على المال المباح، وأثبتنا له حق الأخذ بعوض إذا وجده في ملك خاص عملا بالدليلين بقدر الإمكان.

ولا وجه أن يأخذ (بغير)[2] عوض، أما على قول أبي حنيفة و محمد، فلأن ما جرى بين المشتري وبين العدو يعتبر احتيالا لأخذ أموالهم، ولا يعتبر بيعا لمكان الربا، فصار كأنه ملكه بغير عوض، ولو ملكه بالهبة ونحوها لا يأخذه المالك القديم؛ لأنه لو أخذه أخذه بمثله؛ لأنه مثلي، فلا يفيد[3].

وأما على قول أبي يوسف فلأن ما جرى بين المسلم والكافر عقد فاسد، ولو ملك بعقد فاسد[4] عند الكل، بأن اشتراه بخمر، يأخذه المالك القديم بمثله، كذلك هنا، والأخذ بالمثل لا يفيد، فلا يأخذ.

بخلاف ما لو باع كرا بكر، حيث يجوز؛ لأن ذلك بيعٌ وجد بالتراضي، فلا تعتبر فيه الفائدة الظاهرة، ويحكم بجوازه لوهم الفائدة، أما حق الأخذ للمالك القديم ما عرف شرعا إلا لفائدة لا تحصل بالعوض.

وكذا لو اشتراه مسلم من العدو بنصف كر، لايأخذه المولى؛ لأنه لو أخذه أخذه بمثله عند أبي يوسف لفساد البيع، وعندهما لأنه احتيال، وليس ببيع لمكان الربا، والاحتيال

---

(١) انظر «الهداية» ومع «فتح القدير»: ٦/ ٤.

(٢) جاء في الأصل: "أن يأخذ بعوض"، وهو خطأ، فإن الكلام لا يستقيم به، والصحيح ما أثبتناه من (ج) و (د).

(٣) «الهداية» مع «فتح القدير»: ٦/ ٨٠٧.

(٤) قوله: "ما جرى" إلى قوله: "بعقد فاسد" ساقط من (ج) و (د).

جائز؛ لأنه تقليل لآلة الفساد، وتملك للمال المباح.

وإن اشتراه بكُرّ دقل، كان للمالك أن يأخذه بكر دقل؛ لأنه ملكه بالبيع الصحيح، أما عند أبي يوسف؛ لأنه يعتبر تصرفه بيعاً[1] على كل حال، وعندهما إنما يعتبر احتيالا إذا تعذر تصحيحه بيعا، وهنا أمكن اعتباره لانعدام الربا، فيجعل بيعا، وفي البيع الجائز يأخذه بالثمن، والأخذ بالدقل مفيد، فيأخذ، حتى لو اشتراه المسلم بالدقل نسيئة، لا يأخذه المولى[2]؛ لما قلنا.

ولو أخذ العدو من مسلم ألف درهم نقد بيت المال، وأحرزها بدارهم[3]، فاشتراها مسلم بألف درهم غلة، ونقد، وأخرجها إلى دار الإسلام كان لصاحبها[4]، يأخذها المالك بألف غلة[5]؛ لأن هذا العقد لو جرى بين المسلمين كان جائزا، فكذا إذا جرى بين المسلم والحربي، وفي العقد الجائز يأخذه بالثمن الذي اشتراه المشتري[6]، والأخذ مفيد للتفاوت من حيث الوصف، وكذا لو اشتراها منهم[7] بالدنانير أخذها بمثل الدنانير التي نقد.

ولا يقال: إذا اشترى المسلم بألف غلة ينبغي أن لا يأخذها المالك القديم؛ لأن الدراهم لا تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات، فالمسلم إذا اشترى الجياد بألف غلة، وجبت له

(١) قوله: "يعتبر تصرفه": ساقط من (ج) و (د).

(٢) "المولى" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "بدارهم" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "كان لصاحبها": ساقط من (ج) و (د).

(٥) انظر «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٧٠.

(٦) "الذي اشتراه المشتري" ساقط من (ج) و (د).

(٧) "اشتراها منهم" ساقط من (ج) و (د).

الجياد في ذمة الكافر، ثم العدو إنما دفع الجياد المأخوذة عوضا عما في ذمة نفسه، فكان ثمن الجياد المحرزة بدار الحرب الجياد التي وجبت بالعقد في ذمة الكافر، وفي شراء الجيد بالجيد لا يكون للمالك القديم أن يأخذه[1]؛ لأنه لا يفيد.

لأنا نقول: هذا فيما سوى الصرف والسلم، أما في الصرف والسلم يجعل المقبوض عين ما ورد عليه العقد، كي لا يكون استبدالا، وإذا جعل الجياد المقبوضة[2] عين ما وجب بالعقد كان بدلها الدراهم الغلة، لا الدراهم الجياد.

استشهد رحمه الله، فقال: ألا ترى أنه لو أحرز العدو كر حنطة لمسلم، فأسلم إليه مسلم مائة في كر حنطة، فلما حلّ السلم، قضى السلم بالكر المحرز بدار الحرب، فأخرجه إلى دار الإسلام، كان للمالك[3] أن يأخذ كره بمائة درهم، ويجعل هذا الكر عين ماورد عليه السلَم، ولهذا كان لرب السلم أن يبيع المسلم فيه[4]، مرابحة على رأس المال.

ولو أخذ العدو كر المسلم، وأحرزه بدار الحرب، فدخل مسلمان، واشترياه منهم، وأخرجاه إلى دار الأسلام، واقتسماه إلى نصفين، واستهلك أحدهم نصيبه، ثم حضر المالك القديم، كان له أن يأخذ النصف الباقي بنصف الثمن، إعتبارا للبعض بالكل.

ولو كان مكان الكر ثيابا، والمسألة بحالها، أخذه المالك القديم بعد القسمة النصف الباقي بربع الثمن، وقيمة نصف ما أصاب الشريك الآخر.

---

(١) في (ج) و (د): "لا يأخذه المالك".

(٢) في (ج) و (د): "وإذا جعل المقبوض" بسقوط "الجياد".

(٣) "القديم" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "فيه" زيادة من (ج) و (د).

والفرق أن قسمة الثياب معاوضة من وجه، إفراز من وجه لكثرة التفاوت في المنفعة، فكان كل واحد منهما آخذا نصفه بقديم ملكه، والنصف عوضا عما ترك على صاحبه، ولهذا لاينفرد أحدهما بقسمة الثياب ونحوها، ولايبيع كل واحد منهما نصيبه مرابحة. فما وصل إليه بقديم ملكه، وهو الربع، يأخذه المالك القديم بربع[1] الثمن. وما أخذه بحكم المعاوضة، يأخذه بقيمة العوض، وذلك نصف نصيب صاحبه.

أما القسمة في المكيل والموزون، إفراز محض لقلة التفاوت في المنفعة. ولهذا ينفرد كل واحد منهما بالقسمة.

ولو اشتريا مكيلا أو موزونا، واقتسما كان لكل واحد منهما أن يبيع نصيبه مرابحة على نصف الثمن، فما أخذه كل واحد منهما أخذه بقديم ملكه، لاعوضا عما ترك على صاحبه، فيأخذ المالك القديم[2] بنصف الثمن.

ولو أحرز العدو بدار الحرب كر المسلم، فدخل مسلم دار الحرب[3] بأمان، وباعهم متاعاً بكرّ في الذمة إلى أجل، فقضوه ذلك الكر، لايكون للمالك القديم أن يأخذ؛ لأن المقبوض عوض عما وجب في ذمة الكافر؛ لأنه عين، وثمن المتاع كان دينا، والدين غير العين. ولا ضرورة أن يجعل المنصوص[4] في الحكم كأنه عين ما ورد عليه العقد؛ لأن الإستبدال بالثمن قبل القبض جائز، بخلاف السلم والصرف، إذا كان المقبوض عوضا عما

---

(١) "يأخذه المالك القديم بربع" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "المالك القديم" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "إليهم".

(٤) "المنصوص" ساقط من (ج) و (د).

في ذمة الكافر، إذا أخذه المالك القديم[1] أخذه بعوضه، وهو كر مثله، فلايفيد.

ولو كان مكان الكر ثياب، هروية أو زطية، فباع المسلم من الكافر متاعا بمثل تلك الثياب إلى أجل، فلما حلّ الأجل، قضاه الكافر الثياب التي أحرزها بدار الحرب، فوجدها المالك القديم أخذ[2] ثيابه بقيمة المتاع؛ لأن الثياب لاتجب بعقد المعاوضة دينا في الذمة إلا سلما، ولهذا يشترط فيه الأجل، والمقبوض في باب السلم كأنه عين ما ورد عليه العقد، فبائع المتاع أخذ الثياب المحرزة عوضا عن المتاع، فلهذا يأخذها[3] المالك القديم بقيمة المتاع.

ولو أحرز العدو كرا لمسلم بدار الحرب، فدخل مسلم، وأقرضهم كرا، فقضوها[4] الكر المحرز، لم يكن للمالك القديم أن يأخذه، وإن كان ما أقرض أردى من المحرز؛ لأن القرض إعارة حكما، فكان المقبوض عين ما أقرضه المسلم، فلو أخذه المالك القديم يأخذه بمثله، فلا يفيد، بخلاف ما لو اشترى المسلم من العدو الكر المحرز بكر أردى منه، فإنه يأخذه بكر رديء، لأن المقبوض بحكم البيع ليس عين ما دفع المسلم إلى الكافر، بل غيره، فكان للمالك القديم[5] أن يأخذه بما قام على المسلم المشتري وهو الكر الردي[6].

---

(١) "المالك القديم" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "فوجدها المالك القديم أخذ": ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "يأخذ".

(٤) في (ج) و (د): "فقضوه".

(٥) في (ج) و (د): "له" بدل "المالك القديم".

(٦) "المسلم المشتري وهو الكر الردي": ساقط من (ج) و (د).

ولو أحرز العدو إبريق فضة لمسلم بدار الحرب[١] وزنه خمسمائة، وقيمته لصناعته أكثر، فاشتراه مسلم من العدو[٢] بألف درهم أو بأربعمائة درهم[٣]، وأخرجه إلى دار الإسلام[٤]، كان للمالك القديم أن يأخذه بقيمته من الدنانير.

أما على قول أبي حنيفة ومحمد فلان أخذ المسلم من الكافر كان احتيالا[٥] لأخذ مال الكافر، فيجعل كأنه أخذه بغير عوض، ولو أخذه بغير عوض يأخذه المالك بقيمته؛ لأنه ليس بمثلي.

وعلى قول[٦] أبي يوسف ملكه بعقد فاسد، فيأخذه بقيمته أيضا، وإنما يقوم بالدنانير إظهارا للجودة، واحترازا عن صورة الربا.

وذكر في "السير الكبير"[٧] أنه يأخذ المالك القديم[٨] بمثل ما دفع المشتري إلى العدو، وإن كان ذلك أضعاف وزنه أو أقلّ، وعلّل فقال: لأن ما يدفع المالك القديم إلى المشتري فداء لملكه، وليس بشراء، ولهذا كان للمالك القديم[٩] أن يرده بالعيب على بائعه، والربا

(١) "بدار الحرب": ساقط من (ج) و (د).

(٢) "من العدو": ساقط من (ج) و (د).

(٣) "درهم": ساقط من (ج) و (د).

(٤) "إلى دار الإسلام": ساقط من (ج) و (د).

(٥) "فلان ......": ساقط من (ج) و (د).

(٦) في (ج) و (د): "عند" بدل "وعلى قول".

(٧) انظر «السير الكبير»: ٤/ ١٣٠٤.

(٨) "المالك القديم": ساقط من (ج) و (د).

(٩) "المالك القديم": ساقط من (ج) و (د).

يختص بالمعاوضة، والأخذ مفيد؛ لأن الإبريق ليس بمثلي، بخلاف المسألة الأولى من الباب؛ لأن الكر مثلي ودفع وأخذ المثل[1] لا يفيد.

وإن اشتراه المسلم بمثل وزنه دراهم من الدراهم، كان للمالك أن يأخذه بمثل تلك الدراهم، إلا أن يكون اشتراه إلى أجل؛ لأن ذلك احتيال، أو بيع فاسد، فيأخذه بقيمته من الدنانير.

ولو دخل ذمي[2]، واشتراه بخمر، وأخرجه إلى دار الإسلام، أخذه المالك بقيمة الخمر؛ لأن شراء الذمي بالخمر صحيح لو كان في دار الإسلام، فكذا إذا كان[3] في دار الحرب، وفي العقد الجائز يأخذه بالثمن، إلا أن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر، فيأخذه بقيمة الخمر.

ولو اشترى من العدو[4] مسلم بخمر، يأخذه المالك بقيمة الإبريق؛ لأن شراء المسلم بالخمر[5] فاسد على كل حال، احتيالا كان أو بيعا؛ لأنه ممنوع عن تمليك الخمر، وفي العقد الفاسد يأخذ بقيمة الإبريق.

رجل أعتق أحد عبدَيه لا بعينه، ولم يبين حتى أحرزهما العدو بدار الحرب، لا يملكونهما؛ لأن كل واحد منهما متردّد بين أن يكون حرا أو عبدا، فكان بمنزلة المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك، فلا يملك بالاستيلاء، فإن بيّن المولى بعد ذلك العتق في

---

(١) "ودفع وأخذ المثل": ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «السير الكبير»: ٤/١٤٨٨.

(٣) "إذا كان": ساقط من (ج) و (د).

(٤) "اشترى من العدو": ساقط من (ج) و (د).

(٥) "لأن شراء المسلم بالخمر": ساقط من (ج) و (د).

أحدهما، صح بيانه؛ لأنهما بقيا على ملكه، وإذا صح البيان[1] عتق الذي بين العتق فيه، وملك العدو الآخر؛ لأنه صار محلا للملك في يد الكفرة، وللدوام حكم الابتداء، فصار كما لو وجد الاستيلاء بعد البيان.

فإن أسلموا عليه، أو صاروا ذمة، فهو لهم كسائر أملاكهم، لا سبيل للمالك القديم عليه، وإن أحرز العدو أحدهما بدار الحرب ملكوه، لأن الاستيلاء ورَدَ على المعين، والعتق لم ينزل في المعين، واستيلاء الكافر على مال المسلم يفيد الملك، وعتق الآخر؛ لأن الذي ملكه العدو خرج من ولايته، فصار كأنه مات أو باع أحدهما، تعين الآخر للعتق، كذلك هنا.

ولو لم يحرز العدو أحدهما حتى باعهما لا يجوز بيعه[2]؛ لأنه جمع بين الحر والعبد، أو كبيع المكاتب، فإن بين العتق في أحدهما، صح بيانه، وعتق، ولا يجوز البيع في الآخر؛ لأن البيع وقع فاسداً لفساد في صُلب العقد، وهو جهالة المبيع والثمن، ومثله لاينقلب جائز إلا بالتجديد، ولم يتجدّد سبب الملك.

ولو طلق إحدى امرأتيه ثلاثا، ثم قال لهما: أنتما طالقان، وانقضت عدتهما معا، فأراد أن يتزوجهما، لا يجوز؛ لأن إحداهما مطلقة الثلاث، وهي غير معلومة، ولو عين الثلاث في إحداهما لا يصح؛ لأنه لا يملك الإنشاء بعد انقضاء العدة، فلا يملك البيان.

ـ والله أعلم ـ

---

(١) "البيان": ساقط من (ج) و (د).

(٢) "بيعه": ساقط من (ج) و (د).

باب السبايا من أهل الحرب ما يصدق فيه وما لا يصدق

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن السبى والسبية إذا أقرا بالنكاح صح إقرارهما[1]؛ لأن أنكحة الكفار صحيحة[2]، قال عليه السلام: «ولدت من نكاح، وما ولدت من سِفاح»[3]، وإذا صح النكاح لم يبطل بسَبيهما، لابد لإثباته من طريق، اعتبارا لحقهما، وصيانةً للمسلمين عن الزنا، والإثبات بالبينة متعذر؛ لأن شهادة الكفار لا تقبل على المسلم، وأنكحتهم لا يحضرها المسلمون، فتَعيّن الإقرار طريقا ضرورة.

---

(١) ذكر العلامة عالم بن العلاء هذه المسألة فقال: تصادق المسبي والمسبية على النكاح معتبر إذا لم يتضمن أجزاء بالمسلمين، بالطال الملك عليهم. «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٦٥.

(٢) انظر «المبسوط»: ١٠/ ٥١، و«كتاب السير والخراج والعشر»: ١٧٢ = ١٧٣.

(٣) رواه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن عيينة عن جعفر بن محمد عن أبيه مرسلا بلفظ: «إني خرجت من نكاح ولم أخرج من سفاح» ووصله ابن عدي والطبراني في الأوسط من حديث علي بن أبي طالب، قال ابن حجر: في إسناده نظر، ورواه الطبراني والبيهقي من طريق أبي الحويرث عن ابن عباس، وسنده ضعيف. انظر «التلخيص الحبير» ٣/ ١٧٦، سنن البيهقي ٧/ ١٩٠، وابن عساكر ١/ ٢٦٧، «إرواء الغليل» رقم ١٩١٤.

وأخرج ابن جرير في التفسير عن جعفر بن محمد عن أبيه في قوله تعالى: ﴿لقد جاءكم رسولٌ من أنفُسِكم عزيزٌ عليه ما عَنِتّم حريصٌ عليكم﴾ قال: لم يصبه شيء من ولادة الجاهلية، قال: وقال النبيﷺ: «خرجت من نكاح غير سفاح». تفسير ابن جرير ١١/ ٥٦.

وعن بعض الصحابة رضوان الله عليهم أنه سبي مع امرأته، وقررهما رسول الله صلى الله عليه وسلم على النكاح بإقرارهما، فيقبل إقرارهما إلا إذا تضمن إقرارهما بذلك إبطال ملك خاص، أو حق خاص[1] على المسلم؛ لأن ذلك لا يصح من المسلم، فمن الكافر أولى.

وكما يصح إقرارهما بالنكاح، يصح بالنسب؛ لأن أنسابهم ثابتة، وبالسبي لا تنقطع، فمست الحاجة إلى أن يكون لإثباته طريقا، وليس ذلك إلا الإقرار لما قلنا في النكاح وشهادة القابلة على الولاية[2]، فصح الإقرار بالنسب إلا ما كان فيه حمل النسب على الغير، كدعوى المرأة الولد، فإنه لا يصح إلا بتصديق الزوج على الولادة؛ لأن فيه حمل النسب على الزوج.

والأصل الثاني: ما عرف في "المبسوط" أن الدين يثبت بالتبعيّة، وأقوى التبعية تبعية الأبوين؛ لأنهما سبب لوجوده[3]، قال عليه السلام: «كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٦٥.

(٢) "وشهادة القابلة على الولاية": ساقط من (ج) و (د).

(٣) لقد وضّح العلامة ابن القيم - رحمه الله - هذه المسألة بإسهاب في كتابه القيم "أحكام أهل الذمة" حيث يقول: لما كان الطفل غير مستقل بنفسه لم يكن له بدمن ولي يقوم بمصالحة، ويكون تابعا له، وأحق من نصب لذلك الأبوان: إذ هما السبب في وجوده، وهو جزء منهما، ولهذا كان لهما من الحق ما لم يكن لأحد سواهما فكان أخص به، وأحق بكفالته وتربيته من كل أحد، وكان من ضرورة ذلك إن ينشأ على دينهما كما ينشأ على لغتهما فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه ...»، انظر «أحكام أهل الذمة»: ٢/ ٤٩٠.

يهودانه»، الحديث[1].

ثم بعد تبعية الأبوين "اليد"، لأن الصغير الذي لا يعبّر بمنزلة متاع في يده، وعند عدم اليد يعتبر تبعا للمكان؛ لأنه محل وجوده، ولهذا كان[2] اللقيط الموجود في دار الإسلام مسلم تبعا للدار[3].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: (إذا سبى المسلمون أهل حصن، أو مدينة من أهل الحرب، ولم يحرزوهم بدار الإسلام، حتى قال رجل من السَبي لامرأة من السبي: "هذه امرأتي"، وصدقته المرأة بذلك[4]، قبل قولهما، وهذه المسألة على وجوه ثلاثة: إما إن أقرّ به قبل الإحراز بدار الإسلام، أو بعده قبل القسمة، أو بعد الإحراز والقسمة[5].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة، في كتاب الجنائز، باب ما قيل من أولاد المشركين، وأخرجه مسلم عن أبي هريرة بلفظ: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ما من مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهوّدانه، وينصّرانه ويمجّسانه، كما تُنتَج البهيمة بهيمة جَمعاءَ، هل تحسّون فيها من جَدعاء؟»، ثم يقول أبي هريرة: واقرؤا إن شئتم ﴿فطرة الله التي فَطَرَ الناسَ عليها لا تبديلَ لخَلق الله﴾ [الروم: ٣٠] صحيح مسلم كتاب القدر، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة، الحديث ٦٦٩٧.

(٢) في (ج) و (د): "ألا ترى أن".

(٣) قال الإمام محمد الاسروشني: «فإذا كان معه أحد أبويه يعتبر لهما لا للدار، فيكون كافراً تبعا لهما، وإن لم يكن معه أحدهما يصل عليه إذا مات لأنه صار مسلما تبعا للدار عند القدام الأبوين» انظر «جامع الأحكام الصغار»: ٢٠٨.

(٤) "بذلك": ساقط من (ج) و (د).

(٥) انظر «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٦٥.

ففي الوجه الأول يصح إقرارهما، وكانا زوجين.

ولا يقال: ينبغي أن لا يصدقا؛ لأن حالهما متردّد بين الرق والحرية، إن مَنَّ الإمام عليهم برقابهم كانا حرين، وإن قسم كانا رقيقين، فكانا بمنزلة المكاتبين، والمكاتب والمكاتبة إذا أقرا بالنكاح لا يصح؛ لأنهما لا يملكان الإنشاء، فكذلك هنا.

لأنا نقول: إنما قبلنا إقرارَهما بالسنة والضرورة، ولم يوجد شيء من ذلك في حق المكاتب فلم يصح.

(١) وإن أقرا بذلك(٢) بعد الاحراز بدار الإسلام قبل القسمة فكذلك وهو والأول سواء؛ لأن بالإحراز بدار الإسلام(٣) وإن تأكّد حق الغانمين حتى لا يشاركهم المدد، ويجري الإرث ونحو ذلك(٤)، إلا أن الشركة عامة، وللإمام أن يبطل ملكهم بالمنّ، وقتل الرجال، فلم يكن في قبول قولهما إبطال ملك خاص، ولا إبطال حق خاص على المسلم، فيصح إقرارهما.

(٥) وإن أقرا بذلك بعد(٦) بعد الاحراز والقسمة لم يصح إقرارهما إلا بتصديق المولى؛ لأن الملك صار خاصا لمن وقع في سهمه(٧)، فكان في قبول قولهما إزالة ملك

---

(١) في (ج) و (د): "وفي الوجه الثاني كذلك".

(٢) أي إقرار الزوجية بعد الاحراز قبل القسمة.

(٣) "بدار الإسلام": ساقط من (ج) و (د).

(٤) "ونحو ذلك": ساقط من (ج) و (د).

(٥) في (ج) و (د): "وفي الوجه الثالث".

(٦) أي: "إقرار الزوجية بعد الاحراز وبعد القسمة".

(٧) انظر «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٦٤.

المتعة، أو إعتاق رقبة العبد بالنفقة.

وكذا لو باع الإمام في دار الحرب، أو قسم؛ لأنه وقع الملك للمشتري، ولمن وقعَ في سهمه، فلم يصح إقرارهما؛ لأنه إن كان في ردّ الإقرار إضرار بالرقيق، ففي قبول قولهما إضرار بالمولى أيضا، وكل واحد منهما ضرر خاص، فوقع التعارض، فلا يثبت النكاح إلا أن يصدقهما المولیان على ذلك، فحينئذ يثبت النكاح؛ لأن المولیين يملكان إنشاء النكاح، فيصح تصديقهما.

ولو لم يقسم الإمام، ولم يبع حتى ادعى رجل من السبي في دار الحرب صغيراً لا يعبّر أنه ابنه، والصغير في يده أو في يد حربي آخر مثله، أوفي يد مسلم، صح دعواه؛ لما ذكرنا أن أنسابهم ثابتة، وليس لثبوتها طريق إلا الإقرار، فصح دعواه[1].

فإن مات الصبي لا يصلي عليه[2]، أما أذا كان في يد حربي آخر فظاهر، وكذلك إذا كان في يد مسلم؛ لأن يد المسلم في دار الحرب غير متأكدة، فلا يصير تبعا له بهذه اليد.

وإن كانت الدعوة في دار الإسلام صحت، لما قلنا في الإقرار بالنكاح.

ثم ينظر: إن كان في يده، وعلم أنه سُبي وهو[3] في يده، فهو كافر علي دين أبيه؛ لأن قيام يد الأب عليه تمنع تبعية الدار. ألا ترى أن أولاد أهل الذمة يتبعون أباءهم في الدين.

وكذا إذا كان في يد كافر آخر؛ لأن ذلك الكافر لو ادعاه لم يكن مسلما، فكذا إذا ادعى غيره.

---

(١) انظر «شرح مختصر الطحاوي للجصاص»: ٢/ ٤٦٧.

(٢) "تبعاً للدار": انظر «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٦٦.

(٣) "وهو": ساقط من (ج) و (د).

وإن علم أنه سبى، ولم يكن في يد أحد، صح دعواه، ويكون مسلما، لو مات يصلى عليه، والقياس أن لا تصح دعوته[1]، ولا يثبت النسب؛ لأنه مسلم تبعا للدار، ولا ولاية للكافر على المسلم[2].

وجه الاستحسان: أن دعوى الكافر نسب الولد[3] تتضمن شيئين: أحدهما: نفع محض للصغير، وهو النسب، والآخر: ضرر، وهو الكفر، فيصدق فيما ينفعه، لا فيما يضره، ويجوز أن يثبت النسب منه، ويكون مسلما كما لو أسلمت أمه[4].

أصل هذه المسئلة: لقيط وجدَه مسلم[5] في دار الإسلام، فادعى ذمي أنه ابنه، ثبت النسب منه استحسانا، ويكون مسلما تبعا للدار، ولصاحب اليد[6].

ولو كان الصبي يعقل، ويعبر عن نفسه، لا يثبت النسب إلا أن يصدقه[7]، فإن صدقه ثبت النسب، وكان على دينه حتى لو مات لا يصلى عليه، سواء كان في يد مسلم أو حربي؛ لأن الصبي العاقل في حكم النسب بمنزلة البالغ، وقوله مقبول في الديانات، ألا ترى أنه يصح إسلامه وارتداده، فصح إقراره بأنه على دينه، فيكون كافرا.

قال بعض مشايخنا: الصحيح من مذهبنا أن الصبي العاقل لا يجعل تبعا للأبوين في

---

(١) انظر «شرح مختصر الطحاوي للجصاص»: ٢/ ٤٦٧.

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٦٦.

(٣) في (ج) و (د): "دعوة الكافر النسب".

(٤) انظر «شرح مختصر الطحاوي للجصاص»: ٢/ ٤٦٧.

(٥) "مسلم": ساقط من (ج) و (د).

(٦) انظر «بدائع الصنائع»: ٦/ ٣٠٢.

(٧) في (ج) و (د): "بتصديقه".

الدين، كما لا يجعل البالغ تبعا للأبوين[1]، إنما التبعية في حق من لا يعبر عن نفسه، واستدلوا بهذه المسألة، ألا ترى أنه لا يتبع الدار، فكذا لا يتبع الأب.

ولو أن امرأة من السبي تحمل صبيا صغيراً، يعبّر عن نفسه أو لا يعبر، وادعت أنه ولدها، فصدّقها الصغير، لا يثبت النسب بدعواها[2]؛ لأنها تحمل النسب على الغير، وهو الزوج؛ لأن الولد للفراش[3]، قال عليه السلام: «الولد للفراش»[4]، أي لصاحب

---

(١) ومن ضمن هؤلاء المشائخ ابن الشلبي - رحمه الله - فقد ذكر ابن عابدين - رحمه الله - أنه منهم ثم خطأ هذا القول، وفيما يلي نص عبارته حيث يقول: «وبه ظهر ما في فتاوى العلامة ابن الشلبي من أن الصبي إذا عقل لا يصير مسلما بإسلام أحد أبويه، فقد علمت أن هذا القول خطأ» انظر «رد المحتار»: ٤/ ١٧٣.

والذي يبدو - والله أعلم - أن المسألة لها حالتان: الأولى: أن الصبي المميز العاقل إذا لم يسلم وأبواه كافران فيعتبر تابعا لهما، الثانية: ان يسلم هذا الصبي العاقل وأبواه كافران، يصح إسلامه، ولا يعتبر تابعا لها.

(٢) انظر «شرح مختصر الطحاوي للجصاص»: ٢/ ٤٦٨ - ٤٦٩.

(٣) انظر «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٦٦.

(٤) أخرج الإمام مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر». كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، الحديث: ٣٦٠٠، وأخرجه النسائي في كتاب الطلاق، إلحاق الولد بالفراش صاحب الفراش، الحديث: ٣٤٨٣، وأخرجه الترمذي كتاب الرضاع، باب ما جاء أن الولد للفراش، الحديث ١١٥٧، أخرجه الإمام أحمد في مسنده، الحديث: ٧٧٦٧، من مسند أبي هريرة، وأخرجه البخاري من حديث عائشة في كتاب البيوع، باب شراء المملوك من الحربي وهبته وعتقه، الحديث ٢٢١٨، و٦٧٦٥ وفي كتاب الحدود، باب للعاهر الحجر، الحديث: ٦٨١٧.

الفراش، وصاحب الفراش هو الزوج، أما المرأة مستفرشة، إلا أن النسب متى ثبت من الزوج، ثبت من المرأة تبعا، والأصل فيه ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «لا يورث الحميل إلا ببينة»[1]، والحميل: هو الذي يحمل نسبه على الغير، والمرأة هنا تحمل على الزوج إن ظهر لها زوج، فلا يصح.

وإذا لم يثبت النسب نقول: إن مات الولد في دار الحرب، لا يصلى عليه، لعدم تبعية الداروالوالدين، وإن مات بعد ما أخرج إلى دار الإسلام، ولم يصف الكفر، يصلى عليه؛ لأنه لما لم يثبت نسبه منها صار مسلما تبعا للدار[2].

ثم قال: "ولم يصف الكفر"، وهذا دليل على أنه إنما يحكم بدينه بطريق التبعية إذا لم يظهر منه خلافه[3].

وكذا لو قسم [الإمام][4] الغنائم في دار الحرب، فوقع في سهم رجل، أو بيع الولد من مسلم في دار الحرب، ثم مات، يصلى عليه؛ لأنه حكم بإسلامه تبعا للمولى؛ لأن

---

(١) أخرجه عبد الرزاق عن الثوري، عن جابر عن الشعبي، عن شريح «أن عمر بن الخطاب كتب إليه ألا يورث الحميل إلا ببينة». مصنف عبد الرزاق، الحديث: ١٩١٧٣، ١٠/ ٢٩٩.

وأخرجه الدارمي عن الشعبي، قال كتب عمر ابن الخطاب إلى شريح: «أن لايورث الحميل إلابببينة، وإن جاءت به في خرقها»، سنن الدارمي، ٢/ ٣٨٧. وكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه متشدّدا ومحتاطا في أمر النسب، وكان يحرص على أن يلحق الأبناء بآبائهم. انظر «شرح معاني الآثار» ٤/ ١٦٤، «مؤطأ الإمام مالك» ٢/ ٢١٥.

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٦٦.

(٣) انظر «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٦٦.

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

تبعية المولى فوق تبعية الأبوين؛ لأن ولاية المالك على المملوك فوق ولاية الأب، فإذا وجب الحكم بإسلامه تبعا لأحد أبويه، لأن يجب الحكم به تبعا للمولى، كان أولى.

فإن كان الصبي في يدها، يكره التفريق في البيع استحسانا، وإن لم يثبت النسب، والقياس أن لا يكره[1]؛ لأنه إذا لم يثبت النسب منها بقيت أجنبية.

وجه الاستحسان: أن كراهية التفريق عرف بالأثر، وهو ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى امرأةً والهةً[2] في المغنَم، فسأل عن شأنها، فقيل: بيع ولدها، فقال عليه السلام: ثلثا «ادركوا، لا توله والدة بولدها»[3]، نهى عن التفريق وإن لم يعرف نسبها إلا بقولها، ولم يأمر النبي عليه السلام بإقامة البينة، ولأنه إن لم يثبت النسب فليس في التفريق كبير ضرر، فيكره التفريق[4] بينهما احتياطا.

---

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٦٧.

(٢) في "اللسان": امرأة وَلهى، و واله و والهة، وميلاه، شديد الحزن على ولدها. ١٥/ ٣٩٩، مادة: وله، وقال ابن الأثير: الوَلَه: ذهاب العقل والتحيّر من شدة الوَجْد، وكل أنثى فارقت ولدها فهي واله. «النهاية في غريب الحديث والأثر» ٥/ ٢٢٧.

(٣) لم أجده بهذا اللفظ، فلعلّه يشير إلى ما روى البيهقي في «المعرفة» في كتاب السير، عن الحاكم بسنده عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده، أن أبا أسد جاء إلى النبي ﷺ بسبي من البحرين، فنظر عليه السلام إلى امرأة منهن تبكي، فقال: ما شأنك؟ قالت: باع ابني، فقال عليه السلام لأبي أسد: أبعتَ ابنها؟ قال: نعم، قال: فيمن؟ قال: في بني عبس، فقال عليه السلام: اركب أنت بنفسك فأت به». «نصب الراية» ٤/ ٢٤. وما رواه البيهقي في قصة بين أبي بكو وعمر، قال رسول الله ﷺ: «لاتوله والدة عن ولدها» سنن البيهقي ٨/ ٥، و«نصب الراية» ٣/ ٢٦٦. وراجع ماسبق في البيوع، باب مايكره من التفريق بين الرقيقين في البيع ص٧٢٤

(٤) قوله: "وإن لم يعرف........» ساقط من (ج) و (د).

وإن لم يكن الصبي في يدها لا يكره التفريق[1]؛ لأن كراهية التفريق عرف بالسنة، والسنة وردت فيما إذا كان الصبي في يدها؛ ولأنه إذا كان في يدها وجد الجمع حقيقة، فاعتبرنا ظاهر اليد لدفع التفريق، أما إذا لم يكن في يدها، لم يوجد ما يوجب الجمع، فلا يجب الجمع.

وإذا لم يثبت النسب من المرأة، فإن عتقا، ثم مات أحدهما، ذكر هنا أنهما لا يتوارثان، وذكر في بعض روايات "الدعوى": أنهما يتوارثان[2].

قالوا: في المسألة اختلاف الروايتين، لكن ما ذكر هنا أنهما لا يتوارثان[3] محمول على إذا كان لهما وارث معروف، والرواية الأولى محمولة على ما إذا لم يكن لهما[4] وارث آخر؛ لأن كل واحد منهما أقر لصاحبه بالنسب والميراث، فإذا لم يكن لهما وارث آخر لم يكن في اعتبار الإقرار في حق الإرث إبطال حق أحد فيصح.

ويجوز أن يصح الإقرار بالميراث، ولا يثبت النسب، كرجل مات، وترك ابنين، فأقر أحدهما بأخ ثالث، صح الإقرار في حق الميراث حتى يشاركه المقر له في نصيبه، ولا يثبت النسب.

وقيل: لا بل في المسئلة روايتان، وجه رواية الدعوى ما ذكرنا، وجه رواية هذا[5]

---

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٦٧.

(٢) ذكر العلامة عالم بن العلاء هذا إذا لم يكن لهما وارث معروف. انظر «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٦٧.

(٣) "أنهما لا يتوارثان": ساقط من (ج) و (د).

(٤) "لهما": ساقط من (ج) و (د).

(٥) "هذا": ساقط من (ج) و (د).

الكتاب: أن الإقرار بالميراث ما ثبت قصدا، وإنما أقرت بذلك في ضمن النسب، فإذا لم يثبت النسب، لم يثبت ما في ضمنه[1].

ولو كان الصبي في يدها، فادعت أنه ابنها من هذا الرجل، وهذا الرجل زوجها، وصدقها الرجل، وصدقهما الصغير، فهما مصدقان[2]، أما التصادق على النكاح صحيح لما مر، وأما النسب، فلأن الرجل لو تفرّد بدعوى النسب، يصح، فعند تصديق المرأة أولى، ويثبت من المرأة أيضا؛ لأن الزوج إذا كان مقرا، لم تكن دعوتها حمل النسب على الغير، ويكون الولد على دينهما إذا كان في يدهما أو يد أحدهما، سواء كان في دارالإسلام أو في دار الحرب.

هذا إذا كان قبل القسمة، فإن كان بعد القسمة، أو بعد البيع في دار الإسلام، أو في دار الحرب، لا يصح تصادقهما على النكاح إلا بتصديق المولى[3]؛ لأن فيه إضراراً بالمولى.

واختلف المشايخ في النسب، قال بعضهم: ينبغي أن يثبت استحسانا؛ لأنه لا ضرر في إثبات النسب لا[4] على المولى، ولا على الصغير، ويكون الصبي مسلما لو مات، يصلى عليه؛ لأنه حكم بإسلامه قبل الدعوى تبعا لمولاه، فلا يظهر نسب الولد فيما يضره.

وقال بعضهم: لا يثبت النسب؛ لأنه ملك المشتري، أو ملك من وقع في سهمه.

ومن ادعى نسب مملوك، لا يثبت تسبه إلا بتصديق المولى، بخلاف ما قبل القسمة

---

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٦٧.

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٦٧.

(٣) انظر «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٦٨.

(٤) في (ج) و (د): "فيه".

والبيع؛ لأنه ليس فيه ملك خاص لأحد.

وإذا أسَر المسلمون أسرى من أهل الحرب، وفيهم امرأة في يدها صبي، أو لم يكن الصبي في يد[1] أحد، فأخرج إلى دار الإسلام، أو لم يخرج، فادعى مسلم كان مقيما في دار الحرب أنه ابنه من هذه المرأة، وأنها امرأته، وصدقته المرأة في ذلك، ثبت النكاح والنسب؛ لأن دعوة الحربي لما صحت، فدعوة المسلم أولى[2].

ثم ينظر: إن كان على الولد سيماء المسلمين يكون حرا، وإن لم يكن فهو ابن المسلم، ويكون فيأ للمسلمين؛ لأن المدعي يريد سقوط حق الغانمين عن الولد بعد ما ثبت حقهم بالاستيلاء، فلا يصدق إلا إذا كان عليه سيمأ المسلمين؛ لأن الظاهر يشهد له، فيجعل الظاهر حجةً لدفع الملك، وقد بيّنا وجوب العمل بالسيماء، وإذا ادعاه ذمي ثبت النسب، ويكون فيأ لما قلنا.

وإن كانت الدعوة من المسلم أو الذمي بعد القسمة، لا يصدق واحد منهما إلا بتصديق المالك؛ لما قلنا.

ثم سأل في الكتاب على نفسه سؤالا، فقال: كيف يكون الولد فيأ، وقد ثبت نسبه من المسلم يوم ولد، وحكم بإسلامه؟ ثم أجاب، فقال: لا يثبت نسبه يوم ولد، وإنما يثبت وقت الدعوة، فلا يخرجه من أن يكون حقا للغانمين[3].

واستوضح بفصل المكاتب، فقال: ألا ترى أن الأخوين إذا كان أحدهما مكاتب، والآخر حرا، فمات الحر، ولهما ابن عم، كان الميراث لابن العم، فإن ادعى المكاتب ابن

(١) "يد": ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٦٥.

(٣) انظر «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٦٨.

امرأة حرة معروفة يزعم أنها زوجته، وصدقته المرأة، لذلك[1] يثبت النسب منه، ويكون الميراث لإبن العم على حاله. ولو ثبت النسب بدعوته من حين ولد، كان الميراث للولد؛ لأنه ابن الأخ، وأنه مقدم على ابن العم.

ألا ترى أنه لو كان الابن كبيرا، فادعى أنه كان مسلما مأسورا فيهم، فإن كان عليه سيماء المسلمين، فهو حر، وإن لم يكن فيأ، وتأثير قول الأب في حقه لايكون أكثر من تأثيرقوله، لو كان هو من أهله.

وإذا أسر المسلمون قوما من أهل الحرب، ولم يخرجوهم إلى دار الإسلام، ولم يقسموهم حتى هرب الأسارى، أو ظهر عليهم المشركون، وردوهم إلى مأمنهم، ثم ظهر عليهم قوم آخرون من المسلمين، فأخذوهم، ولم يقسموا حتى اختصم فيهم الأولون والآخرون، كان الفريق الآخر أحق بهم؛ لأن حق الفريق الأول قبل القسمة والإحراز بالدار ضعيف[2].

ألا ترى أن من مات منهم لايورث نصيبه، ولو لحقهم المدد يشاركهم[3]، وغير المتأكد إذا بطل، يصير كأن لم يكن، ولو كان ذلك بعد ما أحرزهم الفريق الأول بالدار، ولم يقسموهم حتى هربوا، أو ظهر عليهم المشركون، وأعادوهم إلى دارهم، ثم ظهر عليهم مسلمون آخرون، وأحرزوهم بدار الإسلام، ولم يقسموا فيما بينهم[4] حتى حضر الفريق

(١) "لذلك": ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٧٨ - ٣٧٩.

(٣) في (ج) و (د): "ويشاركهم المدد".

(٤) "فيما بينهم": ساقط من (ج) و (د).

الأول، فهم أحق من الثاني، هكذا ذكر هنا[1].

وذكر في السير في موضعين: في موضع كما ذكر هنا، وفي موضع آخر أن الفريق الثاني أحق، واختلف المشايخ فيه:

قال بعضهم: ليس في المسألة اختلاف الروايتين، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع.

فموضوع ما ذكر أن الفريق الثاني أحق، أن يكون الفريق الأول كثيرا، لا يمكن تخيير كل واحد منهم بين الترك، والأخذ بالقيمة.

وموضوع ما ذكر هنا: أن يكون القوم الأول قليلاً، يمكن تخيير كل واحد منهم بين الأخذ بالقيمة وبين الترك، وإليه مال الشيخ الإمام المعروف بخواهرزاده.

وعامة المشايخ رحمهم الله قالوا: في المسئلة روايتان، وإليه مال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله[2].

وجه ما ذكر: أن الفريق الثاني أحق؛ لأن الفريق الأول لم يملكهم قبل القسمة، وإنما ثبت لهم نوع حق، واستيلاء الكافر لورود على ملك المسلم يريد ملكه إلى خلف وهو حق الأخذ[3] فإذا وَردَ على ما ليس بمملوك يبطل حقه أصلا؛ لأن حق الأخذ للأول في موضع ثبت، ثبت نصا بخلاف القياس، والنص إنما ورد بنقض الملك لأجل صاحب الملك، لا لأجل صاحب الحق، فلا ينقض الملك لأجل صاحب الحق.

---

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية»: ٥/ ٣٧٩.

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية»: .

(٣) قوله: "واستيلاء. . . » ساقط من (ج) و (د).

ألا ترى أن العبد الجاني إذا استولى عليه أهل الحرب، وأحرزوه بدارهم[1]، ثم أصابه المسلمون، فلم يأخذه المالك القديم، فإنه لا حق للمجني عليه؛ لأنه ما كان مالكا للعبد، وإنما له فيه حق متأكد يجري الإرث فيه، وقد بطل الحق بالاستيلاء.

وجه رواية هذا الكتاب: أن الملك وإن لم يثبت للفريق الأول قبل القسمة، فقد تأكد حقهم حتى يورث نصيبهم وغير ذلك من جواز قسمة الإمام، والحق المتأكد ينزل منزلة الملك في حق الأحكام، فكذا في هذا الحكم، ألا ترى أن تصرف الراهن في ملكه ينقض لحق المرتهن، وينقض ملك المشتري لحق الشفيع.

هذا إذا حضر الفريق الأول قبل أن يقسمها الفريق الثاني، فإن اقتسم الفريق الثاني فيما بينهم، ثم حضر الفريق الأول، لا حق للفريق الأول على الروايتين جميعا[2]، أما على إحدى روايتي «السير» فظاهر؛ لأنه لو حضر الفريق الأول قبل أن يقسموها الفريق الثاني لاحق لهم فههنا أولى[3]، وأما على رواية هذا الكتاب فكذلك؛ لأن حق الأخذ إنما يثبت إذا كان مفيدا، أما إذا لم يكن مفيدا[4] فلا لما قلنا، وحق الفريق الأول قبل القسمة في المالية دون العين، حتى كان للإمام أن يبيع السبي، ويقسم الثمن بينهم، فلو أخذوهم أخذوا بمثلهم في المالية، وهو القيمة، فلا يفيد، أما قبل القسمة لو أخذوا أخذوا بغير شيء، فيفيد.

ولو كان الفريق الأول أحرزوهم بدار الإسلام، واقتسموا بينهم، ثم ظهر عليهم المشركون، وأحرزوهم بدار الحرب، ثم ظهر عليهم أناس آخرون من المسلمين، كان

---

(١) "بدارهم": ساقط من (ج) و (د).

(٢) "جميعا": ساقط من (ج) و (د).

(٣) من قوله: "لأنه لو حضر" إلى "فههنا أولى": ساقط من (ج) و (د).

(٤) "مفيدا": ساقط من (ج) و (د).

للفريق الآخر حق الأخذ؛ لأنهم لما أحرزوهم، واقتسموا بينهم، التحق بسائر أملاكهم، وفي سائر أملاكهم إذا وقع الاستيلاء، ثم ظهر المسلمون عليهم، وأحرزوهم إلى دار الإسلام، فإن حضر الملاك يأخذون قبل القسمة بغير شيء، وبعد القسمة بالقيمة، كذلك هنا.

ولو كان الأولون أحرزوهم بدار الإسلام، ولم يقسموهم حتى أخذهم المشركون، فلم يحرزوهم بدارهم حتى أخذهم أناس آخرون من المسلمين، فإنهم يردون على الأولين، وإن كان الآخرون اقتسموهم تنقض قسمتهم، ويرد على الأولين؛ لأن المشركين لم يملكوهم قبل الإحراز بدارهم، فلا يملكهم الآخرون، وكانت قسمة الآخرين فيهم بمنزلة قسمة الغاصبين العبيدَ المغصوبين.

فإن كان الذي قسم بين الآخرين إماما، يرى ما صنع المشركون إحرازا قبل أن يدخلوهم دار الحرب، فقسمته بين الآخرين جائزة، ولا سبيل للأولين عليهم؛ لأن هذا مما اختلف فيه الفقهاء أن مجرد الاستيلاء هل يوجب الملك قبل الإحراز بالدار؟ وقضاء القاضي إذا صادق محلا مجتهدا فيه ينفذ؟

فإن قيل: استيلاء الكافر لا يوجب الملك قبل الإحراز بلا خلاف؛ لأن من قال بأن نفس الاستيلاء سبب للملك، وهو الشافعي رحمه الله، يقول: بأن استيلاء الكافر على مال المسلم لا يوجب الملك[1].

وعندنا: استيلاء الكافر على مال المسلم وإن كان سببا للملك، فالاستيلاء قبل الإحراز لا يوجب الملك، فلا يكون هذا فصلا مجتهدا فيه.

قلنا: هنا مسألتان اختلف العلماء فيهما:

(١) انظر «مختصر المزني» ص ٢٧٣.

إحداهما: أن الإحراز هل هو شرط لتمام الاستيلاء إذا ورد الاستيلاء على محل الملك، عندنا شرط[1]، وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط[2].

والثانية: أن استيلاء الكافر هل هو سبب الملك إذا ورد على مال المسلم، عندنا سبب[3]، وعنده لا[4].

فالإمام الذي قسم هنا أخذ بقول من قال أن استيلاء الكافر على مال المسلم سبب، وبقول من قال أن الإحراز بالدار ليس بشرط، فكان قضاؤه في محل الاجتهاد فينفذ.

كما لو قضى بشهادة الفسّاق على غائب، أو قضى بالنكاح بشهادة رجل وامرأتين على غائب، فإنه ينفذ قضاؤه، و إن كان من يجوّز القضاء على الغائب لا يجوّز شهادة الفسلق، ولا شهادة النساء مع الرجال في النكاح، لكن لما كان كل واحد من الفصلين مختلفا فيه، نفذ قضاؤه؛ لأن المجتهد يتبع الدليل لا يتبع[5] القائل، فنفذ قضاؤه، بخلاف الفصل الأول؛ لأن ثمّة ما قضى عن إجتهاد، إذا لم يعلم أن هذا المال مصاب من المسلمين، فبطل قضاؤه.

- والله أعلم -

---

(١) «بدائع الصنائع» ٧/ ١٢١.

(٢) راجع «المهذب» ٢/ ٢٤١، «مغني المحتاج» ٤/ ٢٣٤، وهو رأي الحنابلة، «المغني» ٨/ ٤٢٢.

(٣) انظر «مختصر احتلاف العلماء» للجصاص ٣/ ٤٦٦، «مختصر الطحاوي» ص ٢٨٦، «الجامع الصغير» ص ٢٥٥. «بدائع الصنائع» ٦/ ١٠٧.

(٤) «مختصر المزني» ص ٢٧٣.

(٥) "يتبع": ساقط من (ج) و (د).

كتاب الصيد[1]

باب من الصيد الذي يغرم الثاني من الراميين والمرسلين[2] القيمةَ كلها من جنايته وجناية غيره وما[3] لا يغرم وما يحلّ من ذلك وما لا يحل

ذكر محمد رحمه الله في الباب فصولا ثلاثة: فصل في الرمي، وفصل في إرسال الكلب، وفصل في إرسال الباز[4].

وبنى الباب على أصول:

أحدها: أن أخذ الصيد المباح سبب للملك[5]، قال عليه السلام: "الصيد لمن

(١) الصيد لغة: بمعنى المصيد، وقال في تهذيب الصحاح: الصيد: الاصطياد والمصيد، فالصيد يطلق لغة على الاصطياد، كما يطلق على الحيوان المصاد. أما في الاصطلاح فعرّفه الزيلعي بقوله: «الصيد اسم لكل حيوان متوحش ممتنع عن الآدمي مأكول كان أو غير مأكول». وعرّفه ابن العابدين بأنه كل ممتنع متوحش طبعاً لا يمكن أخذه إلا بحيلة مغرب. انظر القاموس المحيط وتهذيب الصحاح، مادة: صيد، وتبيين الحقائق ٦/ ٥٠، و«ردّ المحتار» ٦/ ٤٦١.

(٢) "المرسلين" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) "ما" ساقط من (ج) و (د)، وثبوته أصح.

(٤) قوله: "فصل في إرسال الباز" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) ولذا عدّه الحصكفي نوعا من أنواع الاكتساب، وسببا من أسباب الملك. انظر «ردّ المحتار»: ٦/

أخذ»[1]، والأخذ نوعان: حقيقي: وهو ظاهر، وحكمي: وهو أن يفعل به فعلا يُخرجه من حيّز الإمتناع والتنفر، ويعتبر في ذلك قيام التوحش والإمتناع وقت الإصابة، لا وقت الرمي[2]، لأن الرمي قبل الإصابة لا يخرجه عن حيّز الإمتناع[3].

وأصل آخر: أن ما خلا الجراد والسمك من الحيوان لا يحلّ بدون الذكاة[4]، قال

٤١٣، و«فتاوى النوازل» ص ٢٢٨.

(١) لا أصل له، رغم أنه ذكره بعض الفقهاء، كالمرغيناني في الهداية (فتح القدير ١٠/ ١٥١) والسرخسي في المبسوط» ١١/ ٢٢٠. قال الزيلعي عنه: غريب، ثم ذكر الزيلعي قصة غريبة حيث قال: وجدتها في كتاب التذكرة لأبي عبدالله محمد بن حمدون، وفيها هذا الخبر. وسكت عليه الزيلعي. وتعقبه ابن حجر في الدراية فقال: هذه الحكاية والحديث لم أجد له أصلاً. انظر «نصب الراية» ٤/ ٣١٨، ٣١٩، «الدراية»: ٦/ ٢٥٦.

(٢) ذكر السرخسي أن المعتبر في الحِل وقت الرمي، لأن الحِل بالذكاة، وهو فعل المذكي، وفعله الرمي، أما في الملك، المعتبر وقت الإصابة،، لأنه يثبت بالإحراز، وإحراز الصيد بالإصابة دون الرمي، ثم فرّع على هذا بعض المسائل، راجع «المبسوط» ١١/ ٢٥٠.

(٣) يتضح هذا بما ذكره العتابي عند تأصيله لهذا الباب بأن الأخذ إنما يتحقق بالإصابة على وجه يبطل معنى الصيدية وهو التوحش، فكانت العبرة للإصابة، أما في حق الحل والضمان المعتبر حال الصيد وقت الرمي، فإن كان حاله وقت الرمي حاله للاضطرار، وكان ذكاته اضطراريا فيحل، وإن كان حاله وقت الرمي حال اختيار كان ذكاته اختياريا، فيحرم إذا مات بذكاته اضطرارية حالة الاختيار لأن المبيح مع الحرم إذا اجتمعا فالعبرة للمحرم احتياطا. شرح الزيادات للعتابي، مخطوط، ورق ١٨٣.

(٤) السمك والجراد مستثنى بالنص مما شرط فيه الذكاة لقوله صلى الله عليه وسلم: «أحلت لنا ميتتان ودمان، أما الميتتان فالسمك والجراد، وأما الدمان فالكبد والطحال». «بدائع الصنائع» ٥/

الله تعالى: "إلا ما ذكيتم"[1]، و«الذكاة»[2] نوعان[3]: اختياري: وهو الذبح في المذبح[4]، واضطراري: وهو الجرح[5] مع التسمية ممن هو أهل الذكاة[6] في أيّ موضع كان[7].

٦٠، و«المبسوط» ١١/ ٢٢٠، و«الدر المختار» ٦/ ٢٩٤.

(١) سورة المائدة: ٣.

(٢) الذكاة عن الذكاء وهو التوقد، اسم من: ذكّى الذبيحة تذكية، إذا ذبحها، وعرّفها السرخسي بأن الذكاة عبارة عن تسييل الدم الفاسد النجس، فكانت إزالة للخبث وتطييبا بتمييز الطاهر من النجس، وعرّفها ابن عرفة بقوله: «الذكاة نحرٌ وذَبحٌ وفعل ما يعجّل الموت بنية في الجميع». انظر «المبسوط» ١١/ ٢٢١ و«شرح حدود ابن عرفة لأبي عبدالله محمد الرصاع» ١/ ١٩٩.

(٣) انظر «المبسوط» ١١/ ٢٢١، و«بدائع الصنائع» ٥/ ٦٠.

(٤) أي الذبح فيما يذبح من الشاة والبقرة ونحوهما، والنحر فيما ينحره وهو الإبل، وذكر الكاساني أن الذبح ركن في الذكاة الاختيارية، وههو الأصل، وعند المقدرة على الذبح والنحر لا يزول وإلا بالذبح والنحر ولأن الشرع إنما ورد بإحلال الطيبات، قال الله تبارك وتعالى: ﴿يسئلونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات﴾ [المائدة: ١٥٧]، وقال سبحانه تعالى: ﴿ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث﴾ [الأعراف: ١٥٧] ولا يطيب إلا بخروج الدم المسفوح وذلك بالذبح والنحر ولهذا حرمت الميتة لأن المحرم وهو الدم المسفوح فيها قائم ولذا لا يطيب مع قيامه. «بدائع الصنائع» ٥/ ٦٠ الطبعة الجديدة. وفتاوى النوازل ص ٢٢٩، والدر المختار مع رد المحتار ٦/ ٢٩٤.

(٥) في (ج) و (د): "الجراح".

(٦) وفي (ج) و (د): "أهل للذكاة" وأهل الذكاة هو المسلم والكتابي. «بدائع الصنائع» ٥/ ٦٧.

(٧) العقر وهو الجرح في أي موضع من البدن ركن في الذكاة الاضطرارية، وذلك في الصيد وما هو

قال ابن عباس رضي الله عنهما: «إن خرَق المعراض فكُل، وإن لم يخرق فلا تأكل»[1]، و«الخرق» الجرح، و«المعراض»: سهم لا نَصل له، يدقّ ولا يجرح إلا أن يكون رأسه محددا فيجرح بحده[2].

فإن جرح بعَرضه ذكر الحاكم رحمه الله في «المختصر»[3] أنه لا يحل أكله[4].

وقيل المعراض سهم لا ريش له[5]، فربما يصيب الصيد بعرضه، فيدق ولا يجرح،

في معنى الصيد، وإنما كان كذلك لأن الذبح إذا لم يكن مقدورا، ولابد من إخراج الدم لإزالة المحرم وتطيب اللحم وهو الدم المسفوح فيقام سبب الذبح مقامه وهو الجرح على الأصل المعهود في الشرع من إقامة السبب مقام المسبب عند العدد والضرورة، انظر في «بدائع الصنائع» ٥/ ٦٤، و«الهداية مع فتح القدير» ٩/ ٤٩٦، و«فتاوى النوازل» ص ٢٢٩، الدر المختار مع ردّ المحتار ٦/ ٢٩٤، تبيين الحقائق ٦/ ٥٦.

(١) لم أجد أثر ابن عباس رضي الله عنه بهذا اللفظ، إنما رواه ابن أبي شيبة عن عكرمة بلفظ: قال ابن عباس رضي الله عنه: «لا تأكل ما أصاب المعراض إلا أن يخرق». «مصنف ابن أبي شيبة» ١/ ٢٦٧، وانظر: المغني ٨/ ٥٥٩.

(٢) قال السرخسي عند بيان هذا الاستثناء: إلا أن يكون شيئاً من ذلك قد حدّده. وطوله كالسهم، وأمكن أن يرمي به، فإذا كان كذلك، وخرقه بحدّه حلّ، لما بينا أن بالذكاة تسييل الدم، وذلك يحصل بالمزق والبضع، فأما الجرح الذي يدقّ في الباطن، ولا يخرق في الظاهر فلا يحصل تسييل الدم به. فهو في معنى الموقوذة، والموقوذة حمام بالنص. «المبسوط» ١١/ ٢٥٣.

(٣) هو «مختصر الحاكم الشهيد» ويعرف بـ«الكافي في فروع الحنفية» للحاكم الشهيد. مخطوط لم يطبع، وشرحه الإمام السرخسي في كتابه الشهير: «المبسوط».

(٤) انظر «المبسوط» ١١/ ٢٥٣.

(٥) انظر المغرب للمطرزي ٢/ ٥٣.

شرط الجرح لحل الأكل(١).

وتعتبر «الأهلية» وقت الرمي لا وقت الإصابة(٢)، كما تعتبر التسمية وقت الرمي(٣)؛ لأن الذكاة فعل الذابح، وفعله [هو](٤) الرمي(٥)، فتعتبر الأهلية وقت الرمي(٦)، ولهذا لو رمى إلى صيد وهو مسلم، فارتدّ - (والعياذ بالله)(٧) - قبل الإصابة

---

(١) قال المرغيناني: ولابدّ من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطراري، وهو الجرح في أي موضع كان من البدن. . . وفي ظاهر قوله تعالى: ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ ما يشير إلى اشتراط الجرح، إذ هو من الجرح بمعنى الجراحة.
وقال البابرتي معلقاً على قوله «في ظاهر الرواية»: يريد رواية الزيادات، فإنه قال: لو قتل الكلب أو البازي الصيد من غير جرح لا يحل. وأشار في الأصل إلى أنه يحل، والفتوى على ظاهر الرواية. انظر «العناية مع فتح القدير» ١٠/ ١٣٥.

(٢) وهذا عند الأئمة الثلاثة: أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله، وعند الإمام زفر رحمة الله المعتبر في الرمي حال الإصابة، لأن الملك يقف ثبوته على الإصابة، فإنه لو لم يصب لا يملك، فدل أن المعتبر هو وقت الإصافة. انظر «بدائع الصنائع» ٥/ ٨٣.

(٣) وقت التسمية في الذكاة الاضطرارية وقت الرمي والإرسال، لا وقت الإصابة لقو النبي صلى الله عليه لعدي بن حاتم حين سأله عن الصيد: «إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله فإن وجدته قد قتل فكل» رواه مسلم. . . . . . وقوله صلى الله عليه وسلم: «إذا أرسلت كلبك المعلم، وذكرت اسم الله عليه فك» رواه مسلم. انظر «بدائع الصنائع» ٥/ ٧٢، ٧٣.

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٥) يعتبر وقت الرمي في حق الحلّ، والإصابة في حق الملك، لأن الحل يتعلق بالفعل، والملك يتعلق بالمحل. «بدائع الصنائع» ٥/ ٨٣.

(٦) «رد المحتار» ٦/ ٤٧٥، «المبسوط» ١١/ ٢٥٠.

حلّ أكله، ولو كان مرتدا وقت الرمي مسلما وقت الإصابة لا يحلّ.

وأصل آخر: أن دليل الحلّ مع دليل الحرمة إذا اجتمعا، تغلب الحرمة احتياطا، قال عليه السلام: «إذا وقعت رَمْيتك في الماء، فلا تأكل، لعلّ الماء قتَلَه»[1].

وقال ابن مسعود رضي الله عنه: «ما اجتمع الحرام والحلال إلا وقد غلب الحرام الحلالَ»[2].

---

(٧) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(١) أخرجه الإمام احمد في مسند عدي بن حاتم بلفظ: قلت: يانبي الله إنا أهل صيد، فقال: إذا رمى أحدكم بسهمه فليذكر اسم الله تعالى، فإن قتل فليأكل، وإن وقع في ماء فوجده ميتا فلا يأكله، فإنه لايدري لعل الماء قتله. . الحديث ١٨٨٩٨، و رواه مسلم عن عديّ بن حاتم بلفظ: قال: سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصيد؟ قال: «إذا رميت سهمَك فاذكر اسم الله، فإن وجدتَه قد قتل فكُل، إلا أن تجده قد وقع في ماء، فإنك لاتدري، الماء قتله أو سهمُك» أخرجه مسلم في كتاب الصيد، باب الصيد بالكلاب المعلمة، الحديث ٤٩٥٩، وأخرجه البخاري مطولا في الذبائح والصيد، باب الصيد إذا غاب عنه يومين أو ثلاثة، الحديث ٥٤٨٤، وأخرجه النسائي بنحوه في كتاب الصيد والذبائح، باب في الذي يرمي الصيد فيقع في الماء، الحديث ٤٣٠٩. وأخرجه أبو داود في الصيد، باب في الصيد الحديث: ٢٨٤٩، وأخرجه الترمذي في الصيد باب ما جاء في من يرمي الصيد فيجده ميتاً في الماء الحديث: ١٤٦٩، وأخرجه ابن ماجه في الصيد باب الصيد يغيب ليلةً الحديث: ٣٢١٣.

(٢) أخرجه عبدالرزاق في "مصنفه" في الطلاق حدثنا سفيان الثوري عن جابر عن الشعبي قال: قال عبدالله: ما اجتمع حلال وحرام إلا غلب الحرام الحلال، قال سفيان: وذلك في الرجل يفجر بامرأة، وعند ابنتها أو أمها فإنه يفارقها. انظر: «كشف الخفاء» للعجلوني، ٢/ ٢٥٤، «الدرر المنثورة» للسيوطي، ١٥٥، «نصب الراية» ٤/ ٣١٤.

وأصل آخر: أن إتلاف مال الغير سبب للضمان، وتحريم الحلال إتلاف معنى.

وأصل آخر: أن الأجنبي إذا شارك المالكَ في إتلاف المال بغير إذنه، يضمن نصف القيمة؛ لأن فعل المالك ليس بسبب للضمان، وفعل الأجنبي سبب، فإذا شاركه بغير إذنه وتحقق التلف يضمن نصف القيمة.

ويعتبر في الضمان حال المحل وقت الرمي، لا وقت الإصابة؛ لأن سبب الضمان الجناية، فيعتبر حاله وقت الجناية[1]، ولهذا لو رمى إلى حربي، أو مرتد، فأسلم المرمى قبل الإصابة لا يضمن.

وفيما إذا رمى إلى مسلم، فارتدّ المرمي[2] قبل الإصابة، عند أبي حنيفة رحمه الله يضمن الدية، اعتبارا لحالة الرمي، وعند صاحبيه[3] لا يضمن، لا لأن المعتبر حاله وقت الإصابة، بل لأنه لما ارتد قبل الإصابة، وأبطل عصمتَه صار مبرئا للرامي[4] عن الضمان بعد وجود السبب، فصح إبراؤه.

لا يلزم على هذا إذا جرح مسلما، فارتد المجروح، ثم مات من تلك الجراحة[5]،

---

(١) يتفرع على هذا ما ذكره العتابي بقوله: وكذلك يعتبر حاله وقت الرمي في حق الضمان، فإن لم يكن ملكا لأحد وقت الرمي لا يضمن الرامي، وإن صار ملكا وقت الإصافة، شرح الزيادات للعتابي، مخطوط، ورق ١٨٣.

(٢) "المرمي" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) في (ج) و (د): "عندهما" وما أثبت من الأصل ومن (ا) و (ب).

(٤) في (ج) و (د): "مبرئا له".

(٥) قوله: " ثم مات من تلك الجراحة" ساقط من (ا) و (ب)، والعبارة فيها: "فارتد الجروح يضمن المجروح أرش الجراحة".

يضمن الجارح[1] أرش الجراحة، ولو كانت الردة إبراء وجب أن لا يضمن.

لأنا نقول: هذا إبراء ثبت ضمنا لإبطال العصمة، فيظهر في المستقبل، ولا يظهر[2] فيما فات قبل الردة؛ لأن ما فات قبل الردة تلاشَى، فلا يظهر إبطال العصمة فيها[3].

ثم الرمي كما يعتبر مباشرةً في حكم الذكاة يعتبر مباشرة في حكم الضمان، وإرسال الكلب ملحق بالمباشرة في حكم الذكاة، فأما في حكم الضمان فقد يكون سببا للضمان[4]، وقد لا يكون، وإرسال البازي لا يكون سببا للضمان بحال ما[5].

إذا عرفنا هذه الجملة، قال محمد رحمه الله:

مسلم رمى صيدا ببندقه، أو بمعراض[6]، أو حجر، فكسر جناحَه، ولم يجرحه، فأقبل الصيد يهوي إلى الأرض، فرماه مسلم آخر ببندقه أو بمعراض أو حجر، فكسر جناحَه الآخر، ولم يجرحه، ووقع على الأرض، ولم يدركوه[7] حتى مات، أو مات من الفعلين بعدما أدركوه حيّا.

---

(١) في (ج) و (د): "فإنه يضمن".

(٢) والعبارة في (ج) و (د): "لا فيما فات قبل الردة"، والمثبت من الأصل، و(ا) و (ب).

(٣) في (ج) و (د): "فيه".

(٤) "للضمان" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٥) "ما" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٦) "المعراض": السهم بلا ريش يمضي عرضا، فيصيب بعَرضه لا بحدّه. المغرب للمطرزي ٢/ ٥٣.

(٧) في (ا) و (ب): "ولم يدرك ذكاته".

نقول: في المسئلة أحكام ثلاثة: حكم الملك، وحكم الحل، وحكم الضمان.

أما الملك: فهو ملك الأول[1]؛ لأن الأول[2] لما كسر جناحه، وأخرجه من التوحش، صار آخذا له حكما ومحرزا.

ولا يحل أكله لعدم الجراح[3]، وكذا لو كان الثاني جرحا؛ لأن الفعل الأول أخرجه من أن يكون صيدا، فلا يحل بالجراح[4][5].

وأما حكم الضمان: فلا ضمان على الأول؛ لأنه مالك، ويضمن الثاني ما نقصه كسر الجناح الثاني[6]، وهو مكسور الجناج الأول، ثم يضمن نصف قيمته حيا مكسور الجناحين[7]؛ لأن تلف الباقي حصل بفعلهما[8]، فيضمن الثاني نصفه، كرجل ضرب عبده سوطا، ثم ضربه أجنبي سوطا، فمات منهما، يضمن الأجنبي ما نقصه سوطه، وهو مضروب بالسوط الأول، ونصف قيمته مضروبا بسوطين.

وإن رماه الأول بسهم، أو بمعراض، وكسر جناحه خرقا، ثم رماه الثاني، وكسر

---

(١) انظر مجمع الضمانات ص ٢٠٨.

(٢) في (ج) و (د) "لأنه"، وفي (ا) و (ب): "لأن الأول".

(٣) في (ج) و (د): "الجراح".

(٤) في (ج) و (د): "الجراح".

(٥) أي لا يحل إلا بالذكاة الاختيارة انظر مجمع الضمانات ص ٢٠٨.

(٦) مجمع الضمانات محيلا إلى الزيادات ص ٢٠٨.

(٧) «المبسوط» ١١/ ٢٥٠، ومجمع الضمانات ص ٢٠٨.

(٨) والعبارة في (ا) و (ب): "لأنه تلف فيضمن الثاني".

جناحه الآخر[1] دقًا أو خرقا، ومات، لا يحل أكله.

أما إذا كان فعل الثاني دقا؛ لأنه اجتمع المحرم والمحلل، فيحرم[2]، وأما إذا كان فعل الثاني خرقا؛ لأن الثاني استعمل ذكاة الاضطرار في موضع الاختيار؛ لأنه بفعل الأول خرج من أن يكون صيدا، فلا يحل كالشاة ونحوها، ويغرم الثاني[3] ما نقصه كسر الجناح الثاني، وهو مكسور الجناح الأول، ونصف قيمته مكسور الجناحين؛ لأنه مات بفعلهما.

ويضمن أيضا نصف قيمته لحما ذكيا[4]؛ لأن النصف الذي تلف بفعل الأول، كان يحل لولا فعل الثاني، فالثاني أتلفه بالتحريم، فيضمن[5]، ولا يضمن قيمة النصف الذي تلف[6] بفعل الثاني لحما؛ لأنه قد ضمنه حيا فلا يضمن مرة أخرى.

وذكر هذه المسألة في «كتاب الصيد»[7]، وقال: يضمن الثاني جميع قيمته مكسور الجناح الأول، ولا خلاف بين الروايتين، إلا أن ثمة ذكر أنه يضمن جميع القيمة، ولم يفسر، وهاهنا أوجب القيمةَ مفصلا مفسرا.

هذا إذا مات من الفعلين ولم يدرك حيا، وإن أدرك الأول ذكاتَه، فهو على وجوه:

---

(١) "الآخر" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب)، وثبوته أولى.

(٢) "فيحرم" ساقط من(ا) و (ب).

(٣) "الثاني" ساقط من(ج) و (د).

(٤) انظر «المبسوط»: ١١/ ٢٥٠، ومجمع الضمانات ص ٢٠٨.

(٥) بناء على ما قرّر الشارح في فاتحة الباب من أصل أن تحريم الحلال إتلاف معنى. انظر ص ٣٢٢٨.

(٦) في (ا) و (ب): "الذي أتلفه بفعل الثاني".

(٧) أي ذكر الإمام محمد رحمة الله في "كتاب الصيد" من "الأصل".

إن ذبحه، حل أكله؛ لأن الذبح مزهق للحياة قطعا، فيبطل[١] حكم ما قبله، ويقطع الشركة[٢]، كرجل قطع يد آخر عمدا، ثم جاء آخر، وقتله عمدا، كان القصاص على الثاني.

وإذا حل أكل الصيد، وانقطعت سراية ما قبله، يغرم الثاني ما نقصه كسر الجناح الثاني لا غير وإن لم يذبحه الأول لا يحل أكله لما نذكر، ويضمن الثاني كسر الجناح الثاني[٣] مكسور الجناح الأول، ونصف قيمته حيا مكسور الجناحين؛ لأن تلف الباقي[٤] حصل بفعلهما، ولا يضمن الثاني نصف قيمته لحما ذكيا، بخلاف ما تقدم؛ لأن فيما تقدم حرمة الصيد حصل بفعل الثاني، وهاهنا ما حرم بفعل الثاني، وإنما حرم بترك الأول ذكاته بعد ما أدركه حيا، ألا ترى أنه لو انعدم فعل الثاني لا يحل أكله[٥].

هذا إذا أدركه الأول حيا، وقدر على الذكاة، فإن لم يقدر على الذكاة لضيق الوقت، بأن أدركه وبه رمق، أو لم يقدر الذكاة[٦] لفقد الآلة فكذلك؛ لأنه لما وقع في يده حيا، التحق بالأهلي، فلا تعتبر فيه ذكاة الاضطرار، كالشاة إذا سقطت، ولم يتمكن من

---

(١) في (ج) و (د): "فيقطع"، وفي (ا) و (ب): "فيبطل" وهو الذي ثبت في الأصل.

(٢) كذا في (ا) و (ب)، وفي (ج) و (د): "السراية" وهو خطأ.

(٣) قوله: "لا غير ...... إلى قوله: كسر الجناح الثاني" ساقط من (ج) و (د) و(ا)، وثابت في (ا) و (ب).

(٤) في (ا) و (ب): "تلف".

(٥) قوله: "ألا ترى أنه لو انعدم فعل الثاني لا يحل أكله" ساقط من (ا) و (ب).

(٦) قوله: "لم يقدر وعلى الذكاة" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

الذبح في المذبح لضيق الوقت، فجرح، وماتت، لا يحل[1] [أكلها][2].

وقال الحسن بن زياد، ومحمد بن مقاتل [رحمهما الله][3]: إن لم يقدر على الزكاة لضيق الوقت، حلّ أكله[4]، وهو قول الشافعي[5] رحمه الله؛ لأن[6] العجز عن ذكاة الاختيار إذا كان لمعنى في الذابح[7]، لا يعتبر فيه ذكاة الاضطرار، أما إذا كان لمعنى في

(١) وهذا بناءً على قاعدة ثابتة عند الفقهاء: "بأن القدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف"، كما في التراب مع الماء، والذكاة الاختيارية أصل. نصّ عليه الفقهاء. انظر «بدائع الصنائع ٥/ ٦٤، فتاوى النوازل ص ٢٢٩، «الهداية مع فتح القدير» ١٠/ ١٣٩، تبيين الحقائق ٦/ ٥٣.

(٢) "أكلها" ساقط من الأصل، كماسقط من (ا) و (ب).

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٤) انظر «بدائع الصنائع»: ٥/ ٧٦، و«المبسوط» ١١/ ٢٤١، وأسند البابرتي هذا القول إلى الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل وعلّل لهما بقوله: قالوا: لم يقدر على الأصل ولم يفرط، فكان حلالا. ثم أجاب عنه قائلا: قلنا: وقع في يده وهو في حقيقة وحكما. فلم يبق صيدا. فبطل حكم ذكاة الاضطرار. العناية ١٠/ ١٤١.

(٥) للشافعية فيه تفصيل: فالصائد إذاأدرك صيده حيا ينظر إن لم يبق فيه حياة مستقرة بأن كان قد قطع حلقومه أو خرق أمعاءه فيستحب إمرار السكين على حلقه ليريحه، فإن لم يفعل وتركه، حتى مات حل عندهم، أما إذا بقيت فيه حياة مستقرة فله حالتان:
الأولى أن يتعذّر ذبحه بغير تقصير من الصائد، حتى مات فيحلّ للعذر، كأن لم يقدر على ذبحه لضيق الوقت، أو الاشتغال بأخذ الآلة. الثانية: أن لايتعذّر ذبحه فيتركه حتى يموت أو تعذّر بتقصيره فمات فهو حرام، كأن لاتكون معه آلة الذبح فلايحل. انظر «المجموع» ٩/ ١١٢.

(٦) وفي (ا) و (ب): "وجه ذلك أن العجز".

(٧) مثل عدم التمكنّ على الذبح لفقد الآلة.

المذبوح يوجب اعتباره ذكاة الاضطرار[1]، كالبعير إذا ندّ، والشاة إذا سقطت في البئر، فإنها يحل بذكاة الإضطرار.

فقلنا: هنا[2] إذا عجز عن الذكاة[3] لفقد الآلة لا يحل بذكاة الإضطرار، وإن عجز لضيق الوقت، وهذا لمعنًى[4] في المذبوح، وهو عدم الحياة المستقر، فلا يبطل حكم الإضطرار فلا يحرم، وفي ظاهر الرواية سوّى بينهما، ووجهه ما قلنا[5].

قالوا[6] ما ذكر في الكتاب قول أبي حنيفة، أما على قول أبي يوسف ومحمد إن أدركه حيا وبه رمق، فلم يذبح لا يحرم.

---

(١) وفي (ج) و (د): "يجب اعتباره" مكان "يوجب عتبار ذكاة الاضطرار" وما ثبت من الأصل ومن (ا) و (ب).

(٢) وفي (ج) و (د): "هذا"، وما ثبت أولى.

(٣) "عن الذكاة" ساقط من (ج) و (د).

(٤) وفي: "فهذا المعنى"، وهو خطأ.

(٥) ما سبق في ص ٣٢٣٧، وقال البابرتي في توجيهه: وجه ظاهر الرواية أنه إن لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتباراً، لأنه تثبت يده على المذبوح، وهو قائم مقام التمكن من الذبح، إذ لا يمكن اعتباره: أي اعتبار التمكن من الذبح لأنه لابدّ له من مدة، والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح فمنهم من يتمكن في ساعة، ومنهم من لا يتمكن في أكثر. وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه، فأدير على ما ذكرناه من ثبوت اليد على المذبح. راجع العناية ١٠/ ١٤٠، بدائع الصنائع ٥/ ٧٦، وتبيين الحقائق ٦/ ٥٣.

(٦) قاله أبو بكر الرازي الجصاص، صرح به البابرتي في العناية ١٠/ ١٤١. والسرخسي في «المبسوط» ١١/ ٢٤٢، وانظر الهداية مع فتح القدير ١٠/ ١٤٠.

أصل المسألة: إذا رمى صيدا، فوقعت الرمية بين يديه حيا، وبها رمق، فلم يذبحها، على قول أبي حنيفة رحمه الله يحرم أكلها، وعلى قولهما لايحرم.

ولو أدرك المتردّيةَ والنطيحةَ، وبها رمق فذبحها، على قول أبي حنيفة رحمه الله يحل أكلها[1]، إذا علم أنه ذبحها وهي حية[2].

وقال أبو يوسف: إن كان يتوهم أنها تعيش يوما وليلة، تحل بالذكاة، [وإلا فلا][3]، و هو قول محمد[4]، وعن أبي يوسف في رواية: إن كان يتوهم أنها تعيش أكثر من نصف يوم، تحل بالذكاة، وإلا فلا[5]؛ لأن ما دون ذلك ليس لها حكم حياة مستقرة، بل هي في حكم حياة المذبوح، وإنها غير معتبرة. ألا ترى أن شاة المذبوحة إذا اضطربت، ووقعت في الماء، لا تحرم، ولايبطل حكم الذبح[6].

لأبي حنيفة قوله تعالى: "إلا ما ذكيتم"، من غير فصل[7].

---

(١) الهداية مع فتح القدير ١٠/ ١٤٠.

(٢) كان الأصل: "وهو حي" والصواب ما أثبت.

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل، كما سقط من (ا) و (ب).

(٤) قال المرغيناني مفسراً قول محمد: وقال محمد: إن كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحلّ، وإلا فلا، لأنه لا معتبر بهذه الحياة. «الهداية» مع فتح القدير ١٠/ ١٤٠.

(٥) لم تُحدّد في «الهداية» مدة معينة في قول أبي يوسف وذكر أن عنه : إذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل، لأنه لم يكن موته بالذبح. انظر «الهداية» مع فتح القدير ١٠/ ١٤٠.

(٦) انظر «المبسوط» ١١/ ٢٢١، و«الهداية» مع فتح القدير ١٠/ ١٤٠، والعناية ١٠/ ١٤٠.

(٧) وذكر المرغيناني أن الفتوى على قول الإمام أبي حنيفة رحمه الله، فقال: وعليه الفتوى، لقوله تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾ استثناه مطلقا من غير فصل. «الهداية» مع فتح القدير ١٠/ ١٤٠،

وإن رمى الثاني قبل إصابة الأول، بأن رميامعا أو أحدهما بعد الآخر، فإن[1] أصابا معا، وجرحا معا[2]، ومات الصيد منهما، فهو بينهما؛ لأن سبب الملك هو الأخذ، وقد اشتركا في الأخذ، فيكون بينهما، ويحل أكله[3]؛ لأن كل واحد منهما أتى بذكاة الإضطرار في الصيد.

وإن أصابه سهم أحدهما أولا، وكسر جناحه خرقا، ثم أصابه سهم الآخر، ومات منهما، فهو لأوّلهما إصابة[4]، سواء رميا معا، أوكان هو الذي رمى أولا أو آخرا؛ لأنه أسبقها أخذا وإحرازا، ويحل أكله[5]؛ لما ذكرنا أن المعتبر في الذكاة حالة الرمي[6]، وقد رمى كل واحد منهما إلى الصيد المتوحش، بخلاف ما تقدم؛ لأن هناك[7] الثاني رمى إليه بعد خروجه من أن يكون صيدا، فكان جرحه محرما، ولايضمن الثاني؛ لأن المعتبر في

وكذلك صرّح الحصكفي وابن عابدين نقلا عن الزيلعي أن الفتوى على اعتبار مطلق الحياة في الصيد. راجع «الدر المختار» مع «ردّ المحتار» ٦/ ٤٧٠.

(١) في (ج) و (د): "فإذا".

(٢) "معا" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٣) لأن كل واحد منهما رمى إلى صيد مباح، وأصابه الرميتان جميعا معا، فقد استويا في سبب الملك، وذلك موجب المساواة في الملك، وفعل كل واحد منهما مذك للصيد فيحلّ تناوله لهما. «المبسوط» ١١/ ٢٥٠.

(٤) «المبسوط» ١١/ ٢٥٠، «مجمع الضمانات» ص ٢٠٨.

(٥) «المبسوط» ١١/ ٢٥٠، «مجمع الضمانات» ص ٢٠٨.

(٦) انظر «بدائع الصنائع» ٥/ ٨٣، و«المبسوط» ١١/ ٢٥٠.

(٧) في (ج) و (د) "ثمة" بدل "هناك".

الضمان حالة الرمي، وكل واحد منهما رمى إلى صيد غير مملوك، فلا يضمن.

ولو كانت إحدى[1] الرميتين ببندقة أو بمعراض أصابه بعرضه، ولم يخرقه لا يحل أكله؛ لإجتماع المحرم والمحلل[2]، ولا يضمن الثاني؛ لأنه رمى إلى المباح دون المملوك، وكذا لو كانتا خرقا، وأدركه، ولم يذبح، لا يحل لما قلنا، ولا يضمن الثاني؛ لأنه رمى إلى المباح دون المملوك.

وإن أصابه سهم أحدهما، ولم يثخنه[3]، وكان الطير يتحامل، ويطير، فأصابه سهم الثاني، وأثخنه، كان الصيد للثاني[4]؛ لأنه إذا لم يثخنه الأول لم يصر الأول آخذا[5].

وأما فصل إرسال الكلب:

---

(١) في (ا) و(ب): "ولو كان أحد الراميين".

(٢) لأن أحد الراميين حاظر، والآخر مبيح، فالحكم للحاظر احتياطا. «بدائع الصنائع» ٥/ ٨٤.

(٣) قوله: "ولم يثخنه" ثخن، يثخن، أثخنته الجراحات: أو هنّته وضعّفته. ومنه قوله تعالى: ﴿حتّى يُثْخِنَ في الأرض﴾ [الأنفال: ٦٧]، أي يكثر القتل فيها. «المغرب» ١/ ١١٤.

(٤) وحلّ الصيد، لأنه لما لم يخرجَ بالأول عن حيّز الامتناع كان ذكاته ذكاة الاضطرار، وهو الجرح في أي موضع كان، وقد وجد. انظر «ردّ المحتار» مع الدر المختار ٦/ ٤٧٣، و«اللباب في شرح الكتاب» ٣/ ٩١.

(٥) قال السرخسي بعد أن ذكر تلك المسألة: فهو للثاني حلال، لأنه هو الذي أخرجه من أن يكون صيدا بفعله، والأولى كالمقرّ له والثاني كالآخذ، والصيد لمن أخذ، لا لمن أثار. «المبسوط» ١١/ ٢٥٠.

رجل أرسَل كلبه المعلّم[1] إلى[2] صيد، وسمّى، فكسر الكلب رجله، أو عقره عقرا، أو أثخنه، ثم أرسل الآخر كلبه المعلم[3]، إن أرسلا معا، أو كان[4] على التعاقب قبل إصابة الأول، إن أصابا معا، وعقرا، كان الصيد لهما، وإن أصابه أحدهما قبل الآخر، كان للأول، ويحل أكله[5]، وإن أرسل الثاني كلبَه بعد ما أصابه الأول، وأثخنه، كان للأول، ولا يحل أكله[6].

وهذ وفصل الرمي سواء في حكم الملك والحل، وإنما يفترقان في حكم الضمان في

---

(١) كون الكلب معلّما شرط لإباحة أكل صيده، وهذا ثابت بنص قوله تعالى: ﴿وما علّمتم من الجوارح مكلّبين تعلّمونهن مما علّمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ [المائدة: ٤]، وحدّ تعليم الكلب أن يترك الأكل من الصيد ثلاث مرات، كما ذكره القدوري. لأن الكلب يعتاد الانتهاب. فكان آية تعليمه ترك مألوفه، وهو الأكل فلو مثوب الدم لا يحرم. لأنه من غاية علمه. وقال الكاساني: أما تعليم الكل بفهو أنه إذا أرسل اتبع الصيد، وإذا أخذه أمسكه على صاحبه ولا يأكل منه شيئاً، وهذا قول عامة العلماء. راجع: اللباب في شرح الكتاب ٣/ ٨٧، و«بدائع الصنائع» ٥/ ٧٧، ٧٨، وتبيين الحقائق ٦/ ١٥، و«ردّ المحتار» ٦/ ٤٦٤.

(٢) في (ج) و (د): "على".

(٣) "المعلم" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "كان" ساقط من (ج) و (د).

(٥) لأن الأول أخرجه عن حد الصيدية. إلا أن الإرسال من الثاني حصل على الصيد، والمعتبر في الإباحة والحرمة حالة الإرسال، فلم يحرم انظر. «الهداية» مع فتح القدير ١٠/ ١٤٣، و«بدائع الصنائع» ٥/ ٨٤.

(٦) «الهداية» مع فتح القدير ١٠/ ١٤٣.

فصل الرمي[1]، إذا رماه الثاني بعد ما أصابه الأول، يضمن، وفي إرسال[2] الكلب إن أرسل الثاني بعد ما أصاب الأول ينظر: إن جال[3] الكلب في عدوه يمنة ويسرة، ثم عقر الصيد لا يضمن الثاني، وفي فصل الرمي إذا رمى الثاني يضمن.

والفرق: أن السهم لا اختيار له، فما تولّد منه يكون مضافا إلى الرامي، ولا ينقطع بإمالة الريح[4] يمنة ويسرة، أما الكلب له ضرب اختيار، يتبع الصيد بطبعه، ويأخذ باختياره، فإذا جال[5] يمينا وشمالا، اعترض على الإرسال فعل فاعل مختار، فلا يضاف[6] فعله إلى المرسل[7] في حكم الملك والحل[8].

ويصير بمنزلة الدابة المنفلتة إذا أتلفت مال إنسان[9]، لا يضمن صاحبها.

---

(١) في (ا) و (ب): "في صورة الرمي".

(٢) "إرسال" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ا) و (ب): "إن كان الكلب"، وهو خطأ.

(٤) زاد هنا في (ا) و (ب) عبارة كالتالي: هديه إذا لم ينقطع عن سننه، أما إذا أخرجه عن سننه يمنة ويسرة.

(٥) في (ا) و (ب): "مال يمينا".

(٦) في (ا) و (ب): "فلا يلصق".

(٧) وكذا إذا أرسل كلبه أو بازه على صيد، فَعَدَل عن الصيد يُمنة ويُسرة وتشاغل بغير طلب الصيد وفَتَر عن سُننه ذلك ثم تبع صيدا آخر فأخذه وقتله لا يؤكل، لأنه لما تشاغل بغير طلب الصيد فقد انقطع حكم الإرسال. انظر «بدائع الصنائع» ٥/ ٨٢.

(٨) قوله: "في حكم الملك والحل" ساقط من (ا) و (ب).

(٩) انظر مجمع الضمانات ص ١٨٦.

كان ينبغي أن لا يضاف فعله إلى المرسل في حكم الملك والحل، وإنما[1] أضفنا فعل المعلم إلى المرسل، وبنَينا الحكم على ما في وسعه دفعا للحاجة[2] والضرورة، ولا كذلك الضمان؛ لأن سببه[3] الجناية على مال الغير، والسبيل[4] في الجناية إعدامها لا إيجادها، فلا يضاف فعل الكلب في ذلك إليه عند الاشتباه؛ ولأن صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم جعَل إرسال الكلب مع التسمية ذكاة وتحليلا، قال عليه السلام لعديّ بن حاتم الطائي رضي الله عنه: «إذا أرسلت كلبك المعلم، وذكرت اسم الله تعالى عليه فكل»[5].

(١) في (ج) و (د): "إلا أنا".

(٢) في (ا) و (ب): "لحاجة الناس".

(٣) في (ا) و (ب): "لأن سبب الضمان".

(٤) في (ج) و (د): "والحسل" وهو خطأ.

(٥) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد باب ما أصاب المعراض بعرضه، الحديث: ٥٤٧٧ بنحوه، وأخرجه أيضا في التوحيد الحديث: ٤٣٩٧، وأخرجه أبو داود في الصيد الحديث: ٢٨٤٧، وأخرجه الترمذي في الصيد باب ما جاء ما يؤكل من صيد الكلب وما لا يؤكل الحديث: ١٤٦٥، وأخرجه النسائي في الصيد والذبائح باب إذا قتل الكلب الحديث: ٤٢٧٨، وأخرجه أيضاً في الكتاب نفسه باب صيد المعراض الحديث: ٤٣١٦، وأخرجه ابن ماجه في الصيد باب صيد المعراض الحديث: ٣٢١٥، وأخرجه مسلم في الصيد الذبائح الحديث: ٤٩٤٩، وأخرجه الدارمي ٢/ ٨٩، والطيالسي ١٠٣٠، وعبدالرزاق ٨٥٣١، والحميدي ٩١٤، ٩١٥، ٩١٧، وأحمد ٤/ ٢٥٦، ٢٥٧، ٢٥٨، ٣٧٧، ٣٨٠، وابن الجارود ٩١٩ و٩٢١، وابن حبان ٥٨٨٠، والطبراني ١٧، ١٥٤، ١٥٥، ١٥٧، ١٥٩، والبيهقي ٩/ ٢٣٦، ٢٣٨؛ ٢٣٩، ٢٤٨، والبغوي ٢٧٦٨، من طرق كثيرة عن الشعبي كلهم من حديث عدي بن حاتم بألفاظ متقاربة. وحديث عدي بن حاتم مشهور عنه روى ذلك الحديث جماعة عنه، وأكثرهم جعله من رواية الشعبي عنه.

وقد وجد الإرسال مع التسمية، فيحل أكله ما لم ينقطع الإرسال من كل وجه[1].

أما في حكم[2] الضمان جعل فعل العجماء هدرا، قال عليه السلام: "العجماء جبار"[3]، فلا يعتبر فعله سببا للضمان، إلا إذا انقطع عن العجماء[4] من كل وجه.

وإن أرسل الثاني كلبه بعد ما عقره كلب الأول، فذهب على سنن الإرسال في فوره، حتى أصاب الصيد، وعقره[5]، فحكمه حكم السهم، يضمن الثاني ما نقصه عقر كلبه مجروحا بالجرح الأول، ونصف قيمته حيا مجروحا بالجرحين، ونصف قيمة اللحم ذكيا إن لم يدرك الصيد حيا، وإن أدركه حيا، ولم يذبح، لا يضمن نصف قيمته لحما؛

(١) لأنه يشترط لحل الصيد، بقاء الإرسال، وهو أن يكون أخذ الكلب أو البازي الصيد في حال فور الإرسال، لا في حال انقطاعه، حتى لو أرسل الكلب على صيد وسمّى، فأخذ صيدا وقتله، ثم أخذ آخر على فور، ذلك وقتله ثمّ وثمّ، يؤكل ذلك كله، لأن الإرسال لم ينقطع، والتعيين ليس بشرط في الصيد، فإن زخذ صيدا، وجثم عليه طويلاً ثم مرّ به آخر فأخذه وقتله لم يؤكل إلاّ بإرسال مستقبل. انظر «بدائع الصنائع» ٥/ ٨٢، و«المبسوط» ١١/ ٢٤٠، ٢٤١.

(٢) "أما حكم" ساقط من (ج) و (د).

(٣) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه: عن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «العجماء جرحها جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس». كتاب الحدود باب جرح العجماء المعدن والبئر جبار، وأخرجه البخاري في كتاب الديات باب المعدن جبار، والبئر جبار، الحديث: ٦٩١٢، وزخرجه الترمذي في كتاب الأحكام باب ما جاء في العجماء جرحها جبار، الحديث: ١٣٧٧.

(٤) "عن العجماء" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) في (ا) و (ب): "فجَرَحَه".

لأنه لما ذهب على فور الإرسال، انتقل فعله إلى المرسل، كان المرسل سائق يعدو معه، فيلزمه ضمان ما أتلف.

وهو نظير ما قال أصحابنا - رحمة الله عليهم -: إذا أرسل الرجل دابته على[1] زرع غيره، فإن لم تذهب على فور الإرسال، أو ذهبت يمنة أو يسرة، ثم أصابت الزرع، لا يضمن، وإن ذهبت على[2] فور الإرسال على سننها، وأصابت الزرع، يضمن المرسل[3].

وأكثر المشايخ رحمهم الله فرقوا بين الدابة وبين[4] الكلب، وقالوا: في إرسال الكلب لا يضمن ما لم يكن سائقا يذهب معه[5]، ويزجر عليه، وفي هذا الكتاب لم يذكر ذلك، وأوجب الضمان.

هذا إذا أرسل الثاني كلبه بعد ما عقره الكلب[6] الأول، وأخرجه عن حيّز الامتناع،

---

(١) في (ا) و (ب): "إلى".

(٢) في (ا) و (ب) "في".

(٣) انظر: «المبسوط» ١١/ ٢٤١، ومجمع الضمانات ص ١٨٩ و ١٩١، وعزاه إلى الهداية والمبسوط.

(٤) "بين" ساقط من (ج) و (د)، ثبت في (ا) و (ب).

(٥) في مجمع الضمانات نقلا عن فتاوى قاضي خان: لو أرسل كلبه إلى صيد ولم يكن سائقا فأصاب أسنانا لا يضمن في الروايات الظاهرة، والاعتماد على الروايات الظاهرة. مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي ص ١٩١.

(٦) "الكلب" ساقط من (ج) و (د).

وإن كان لم يخرجه الجرح[1] الأول عن حيز الامتناع، حتى عقره الثاني، وأخرجه عن الصيدية، فالصيد لصاحب الكلب الثاني؛ لما قلنا في السهم، ويحل أكله؛ لأن فعل كل واحد منهما وقع ذكاة اضطرارية في الصيد.

ولو كان جرح كل واحد منهما بحال لا يخرجه عن الصيدية عند الإنفراد، ويخرجه عند الإجتماع، كان الصيد لهما، لاشتراكهما في الأخذ.

وأما الفصل الثالث: فصل إرسال البازي:

والجواب فيه في حكم الملك والحل ما هو الجواب في الكلب، إلا أنه لا يجب الضمان في البازي في ظاهر الرواية[2]؛ لأن البازي بعد الإرسال يطير باختيار، [ولا كذلك الكلب؛ لأنه][3] يحتمل السَوق حقيقة بأن يشدّ المالك خيطا على عنقه، ويعدو معه، أو يشدّ على الدابّة، فيعدو الكلب خلف الدابة، فكان قابلا للسوق.

فإذا أرسله صاحبه[4]، وصاحَ عليه، وزجره، يجعل المالك بمنزلة السائق، فيضاف فعله إلى المرسِل[5].

---

(١) "الجرح" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) يجب الضمان في الكلب والطير عند الإمام أبي يوسف رحمه الله. ذكره ابن غانم البغدادي في مجمع الضمانات ص ١٩٢.

(٣) ما بين المعكوفتين أثبتناه من (ج) و (د)، وجاء في الأصل، و(ا) و (ب): "وكذلك الكلب يحتمل السوق"، وهو خطأ فإن سياق الكلام يؤيّد صحة ما ثبت في (ج)، فإنه قال في الفقرة التالية: أما البازي لا يحتمل السوق.

(٤) "صاحبه" ساقط من (ج) و (د).

(٥) كذا في (ا) و (ب)، وفي الأصل (ج) و (د): "إليه".

أما البازي لا يحتمل السَّوق، فسائق الطائر لا يكون إلا طائرا، وإذا لم يحتمل السوق، لا يمكن أن يجعل المرسل سائقا، فلا يضاف إلى المرسل، وإنما أضيف فعله[١] إلى المرسل في حكم الملك والحل، دفعا لحاجة الإصطياد، فلا يضاف في حكم الضمان.

رجل أرسل بازيا له على صيد، فأصابه، وشدّ الصيد بمَخالبه، ووثقه، إلا أنه لم يخرجه عن الصيدية حتى أرسل آخر بازيًا له[٢] على ذلك الصيد، فأصابه البازي[٣] الثاني، وقتله، فالصيد يكون[٤] لصاحب الثاني، جعل فعل البازي كفعل صاحبه، ولم يجعل أخذه كأخذ صاحبه.

والفرق: أن البازي الأول بشدّه الصيد بمخالبه ما أخرجه عن الصيدية، وما أحرزه، وإنما أخرجه الثاني، فكان [الصيد للثاني][٥] هذا كمَن ألجأ الصيدَ إلى مضيق، لا يستطيع منه البراح، فرماه إنسان[٦] آخر، وقتله، فإن الصيد[٧] يكون للرامي دون الملجئ، كذلك هنا.

ولو أرسل كلبه إلى صيد، فصدم الصيد بجبهته، أو بصدره، وكسر عنقه، أو جثم

---

(١) "فعله" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "بازيه".

(٣) "البازي" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "يكون" ساقط من (ج) و (د).

(٥) كذا في (ا) و (ب)، وجاء في الأصل، وفي (ج): "فكان له".

(٦) "إنسان" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٧) في (ج) و (د): "فإن الصيد يكون".

عليه، فقتله غما، أو قتله خنقا، ولم يجرحه، لا يحل أكله[1].

وعن أبي يوسف: أنه لا بأس بأكل ما قتله الكلب المعلّم، وإن قتله خنقا[2]، وهو قول الشافعي رحمه الله[3].

وإنما اختلفوا لاختلافهم في تفسير قوله تعالى: ﴿وما عَلَّمْتُم مِن الجَوارِحِ مُكَلِّبِين﴾[4]، قال أبو يوسف: الجوارح[5]: الكواسب[6]، فإن الجرح قد يذكر للكسب، قال الله تعالى: ﴿ويعلم ما جَرَحْتُم بالنهار﴾[7]، يعني: كسبتم[8]، وسمى أعضاء الإنسان جوارح؛ لأنها آلة الاكتساب.

---

(١) هذه ظاهر الرواية، وهو المفتى به عند الحنفية، وهو مذهب المالكية والحنابلة بأن الجارح إذا قتل الصيد بثقله أو بصدمته لا يحل، بل لا بد من الجرح في أي موضع من بدنه. انظر «بدائع الصنائع» ٥/ ٥٢، و«ردّ المحتار» ٦/ ٤٦٥، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢/ ١٢١، والمغني والشرح الكبير ١١/ ٩، وقال في حاشية المقنع ٣/ ٥٥٣: وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب، وهو قول أكثرهم أهل العلم.

(٢) انظر «تبيين الحقائق» للزيلعي ٦/ ٥٢، و«ردّ المحتار» ٦/ ٤٦٥، و«بدائع الصنائع» ٥/ ٦٥.

(٣) انظر المجموع للنووي ٩/ ١٠٣.

(٤) تمام الآية: ﴿يسألونك ماذا أحلّ لهم﴾ المائدة: ٤.

(٥) في (ا) و (ب): معناه الجوارح الكواسب.

(٦) انظر الكشاف للزمخشري ١/ ٦٠٦.

(٧) سورة الأنعام، الآية ٦٠.

(٨) انظر لسان العرب ٣/ ٢٤٧، تبيين الحقائق ٦/ ٥٠.

وأبو حنيفة ومحمد حملا الآية على ظاهرها، وهو الجراحة[1]، اعتبرا الجرح[2][3]، وقتل الكلب المعلم أو البازي المعلم[4] يضاف إلى المرسل[5]، خنقا كان أو خرقا، كأنه باشره بنفسه[6].

- والله أعلم -

(١) أي: أن الله وتبارك وتعالى سماها "جوارح" فينبغي أن تجرح، لأنها مشتقة من الجراحة. كما استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: «ما أنهر الدمَ وذكر اسم الله عليه فكل» رواه البخاري في كتاب الذبائح ٧/ ٧١، فلا بدّ من الجرح وإنهار الدم، وهو مقصود عند الشارح لاستخراج الدم الفاسد من الجسم، وكذلك ما روى عدي بن حاتم رضي الله عنه قال: «قلت يا رسول الله بعَرضه فلا تأكله» رواه مسلم في كتاب الصيد(سبق تخريجه). . ووجه الاستدلال أنه صلى الله عليه وسلم رتّب الأكل مما صاده المعراض على الخزق، وهو الجرح، فدل على أنه لا يحل أكله بدون الجرح.

(٢) العبارة في (ا): وهوالجارحة اعتبارا للجرح.

(٣) وأحسن علاء الدين الكاساني حيث جمع بين المعنيين فقال: والحمل على الأول - أي الجرح - أولى. لأنه حملٌ على المعنيين، لأنها بالجراحة تكسب. انظر «بدائع الصنائع» ٥/ ٧٧.

(٤) "المعلم" ساقط من (ج) و (د).

(٥) «بدائع الصنائع»٥/ ٧٨.

(٦) وقد أجاد الإمام الزيلعي في تدليله وتعليله بأن المقصود إخراج الدم المسفوح، وهو يخرج بالجرح عادة، ولا يتخلف عنه إلا نادراً، فأقيم الجرح مقامه. كما في الذكاة الاختيارية والرمي بالسهم، ولأنه إذا لم يجرحه صار موقوذة، وهي محرمة بالنص. تبيين الحقائق٦/ ٥٦.

باب من الصيد الذي يحل أكله إذا رمى فأصاب الرمية غيرَها أو أعان على الرمية غيرها

ذكر في الباب فصل الرمي، وإرسال الكلب، ورمي المسلم والمحرم والمجوسي، وإصابة الريح.

وبناه على ما تقدم: أن ما خلا السمك والجراد من الحيوان، لا يحلّ بدون الذكاة[1]، وإن المحرّم مع المبيح إذا اجتمعا، تغلب الحرمة احتياطا[2].

قال محمد رحمه الله: مسلم رمى سهما، وسمّى، فأصاب السهم سهما موضوعا على حائط، ودفعه، فمضى السهم الموضوع، وأصاب الصيد، وقتله جرحا، أكل؛ لأن مضيّ السهم الثاني وإصابته حصل بقوة [السهم الأول][3]، ولهذا لو أصاب إنسانا، فقتله، كان عليه الكفارة، وإذا كان مضي السهم الثاني بقوة رميه[4]، صار كأن الرامي رمى بالثاني، ولو أصابه السهم[5] الأول أكل، فكذا إذا أصابه الثاني.

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٥/ ٦٠، «المبسوط» ١١/ ٢٢٠، والدر المختار ٦/ ٢٩٤.

(٢) راجع ما سبق في ص ٣٢٢٧.

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وزيادة من (ا) و (ب). وجاء في الأصل، و(ا) و(ج): "بقوة رميه".

(٤) في (ج) و (د): "رميه".

(٥) "السهم" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

ألا ترى أنه لو رمى سهما إلى مسلم، فأصاب سهما موضوعا، ودفعه، فمضى السهم[1] الثاني إلى المرمى إليه، وقتله، يجب القصاص على الرامي، ويجعل كأنه رمى السهم[2] الثاني إليه، كذلك ههنا.

ولا يقال: بأن إصابة الثاني وإن حصل بفعله، إلا أن التسمية في الإبتداء[3] وقعت على الأول دون الثاني، فلا يحلّ، كما لو أخذ سهما، وسمّى، ثم وضع ذلك، وأخذ سهما آخر، ورمى، فأصاب الصيد، فإنه لا يحل[4].

لأنا نقول: شرط الذكاة التسمية في ابتداء الرمي[5]، لا في حالة البقاء قبل

---

(١) "السهم" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٢) "السهم" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٣) "في الابتداء" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) لأن التسمية في الذكاة الاضطرارية تقع على السهم، لا على المرمي إليه، وقد اختلف السهم، فالتسمية على أحدهما لا تكون تسمية على الآخر، بخلا ف ما لو أضجع شاة ليذبحها، وسمي عليها، ثم ألقي السكين وزخذ سكينا آخر. فذبح به، يؤكل، لأن التسمية في الذكاة الاختيارية تقع على المذبوح، لا على الآلة، والمذبوح واحد فلا يعتبر اختلاف الآلة. انظر «بدائع الصنائع» ٥/ ٧٣.

(٥) وقت التسمية في الذكاة الاضطرارية وقت الرمي والإرسال، لا وقت الإصابة، وهذا لقول النبي صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم رضي الله عنه حين سأله عن صيد المعراض والكلب: «إذا رميتَ بالمعراض وذكرتَ اسمَ الله عليه فكل وإن أرسلتَ كلبك المعلّم وذكرت اسم الله عليه فكُل» (رواه مسلم. الحديث...) فقوله صلى الله عليه وسلم: «أي على المعراض والكلب» ولا تقع التسمية على السهم والكلب إلا عند الرمي والإرسال، ولأن التسمية شرط، والشرائط يعتبر وجودها حال وجود الركن، والركن في الذكاة الاضطرارية هو الجرح، وذلك مضاف إليه إلى

الإصابة، وقد وجدت التسمية في الابتداء[1].

وكذا لو رمى ببندقة، أو بمعراض، أو حجر، فأصاب سهما موضوعا، فمضى السهم، وقتل الصيد جرحا، أكل؛ لأن إصابة السهم[2] حصلت بفعله، وفعله كان ذكاةً، حتى لو خرقه المعراض، وجرحه الحجر، كان ذكاةً يحل أكله، فكذا إذا قتله السهم المدفوع.

الفصل الثاني:

مسلم رمى سهما إلى صيد، وسمى، ثم رمى مسلم آخر سهما إلى ذلك الصيد، وسمى، فأصاب السهم الثاني [السهم][3] الأول، وزاد في مضيه حتى أصاب السهم[4] الأول الصيد، وقتله، فهو على وجوه ثلاثة:

إن كان يعلم أن السهم الأول لا يبلغ هذا المكان، ولا يصيب الصيدَ لو لا رَميُ الثاني، فإن الصيد يكون للثاني؛ لأنه إذا كان لا يصيب بالرمي الأول[5]، صار كأنه انقطع

الرامي والمرسيل، وإنما السهم والكلب آلة الجرح، والفعل يضاف إلى مستعمل الآلة، لا إلى الآلة، ولذلك تعتبر التسمية وقت الرمي، ولا تعتبر وقت الإصابة، لأن الإصابة ليست من صنع العبد لا مباشرة ولا سببا، بل محض صنع الله عزوجل. انظر «بدائع الصنائع» ٥/ ٧٢.

(١) في (ا) و (ب): "في ابتداء الرمي".

(٢) في (ج) و (د): "لأن الإصابة".

(٣) ما بين المعكوفتين أثبتناه من (ا) و (ب)، وثبوته أولى.

(٤) "السهم" ساقط من (ج) و (د).

(٥) في (ا) و (ب): "لا يصيب الرمي الأول".

على قدر طاقته، و وقع على الأرض، فأصابه السهم[١] الثاني، وعند ذلك يكون للثاني، فكذلك هذا[٢]، ويحل أكله؛ لأن فعل الثاني خرج ذكاة، وصار هو القاتل.

ألا ترى أنه لو أصاب السهم الثاني السهم[٣] الأول، فردّه إلى ورائه، أو يمنة أو يسرة، ثم أصاب الصيد، فإن الصيد يكون للثاني؛ لأن رجوع السهم إلى ورائه خلاف موجب الرمي الأول، ، فلا يكون مضيّه[٤] مضافا إلى الرمي الأول، بل إلى الثاني[٥]، ويحل أكله.

وذكر في «كتاب الصيد» إذا ردّه الثاني إلى ورائه، أو يمنة أو يسرة، ثم أصاب الصيد، فإن الصيد لا يكون[٦] للثاني، ولا يحل أكله.

قال عيسى بن أبان[٧] رحمه الله: ما ذكر في الأصل ليس بصحيح، وهو محمول على ما إذا لم يسمّ على سهمه، وإنما الصحيح ما ذكر هنا[٨].

ومن أصحابنا من قال في المسئلة روايتان:

---

(١) "السهم" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٢) في (ا) و (ب): "كذلك ههنا".

(٣) "السهم" ساقط من (ج) و (د)، ومن الأصل.

(٤) "مضيه" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) وجاء في (ا) و (ب): "إلى الرامي الأول، ويكون مضافا إلى الثاني.

(٦) في (ج) و (د): "لا يحل".

(٧) انظر ترجمته في ص ٤٠٩.

(٨) كذا في الأصل، و(ا) و (ب)، وفي (ج) و (د): "ما في الأصل"، وهو خطأ.

وجه رواية «كتاب الصيد»: ما قاله[1] محمد - رحمه الله - أن السهم المردود لم يرم به الثاني، وإنما المرمي هو السهم الرادّ، فمَا هو مرمى لم يصب الصيدَ، وما أصاب الصيدَ ليس بمرمى، فلا يملكه الثاني، ولا يحل أكله[2].

وجه رواية «الزيادات»: ما ذكرنا أن رجوع[3] السهم إلى ورائه خلاف موجب الرمي الأول، فينقطع حكم الأول، ويصير[4] بمنزلة السهم الموضوع على الحائط، أصابه السهم[5] الثاني، ونفذه إلى الصيد، فيضاف إلى الثاني، ويحل أكله.

هذا إذا كان يعلم[6] علم أن السهم الأول لا يَصل[7] إلى هذا المكان إلا بالثاني، فإن كان يصيب الصيد بدونه، إلا أن الثاني زاد في مضيه وقوته، فالصيد للأول؛ لأن الرمي الأول لما كان له قوة المضي والإصابة، كان سببا للملك الأول، ويكون ذكاة، فلا يبطل بالثاني؛ لأن ما يزيد في الشئ لا يبطل حكمه، بل يُقرّره، وكذا إذا لم يَدرِ[8] أن الأول هل يصل أم لا؟ لأن الأول وجد، ولم يعلم انقطاع تلك الجهة، فلا يبطل حكمه.

ولو كان الثاني مجوسيا، والمسألة بحالها، فهو على هذه الوجوه:

---

(١) في (ا) و (ب): "ما قال محمد".

(٢) «المبسوط» ١١/ ٢٥٣.

(٣) في (ا) و (ب): "رمي السهم" وما أثبت أولى.

(٤) "ويصير" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) "السهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٦) في (ج) و (د): "هذا إذا علم".

(٧) في (ا) و (ب): "لم يصل".

(٨) وفي (ا) و (ب)، وكذا "إذا كان لا يدري".

في الوجه الأول الصيد للمجوسي، وفي الوجه الثاني والثالث للمسلم، ولا يحل [أكله][1] في الوجه الأول؛ لأنه قتيل المجوسي[2].

وفي الوجه الثاني والثالث في القياس يحل أكله، وفي الاستحسان يكره.

وجه القياس: أنه مأخوذ المسلم، وقتيله، ولهذا كان الملك له[3].

وجه الاستحسان: أن المجوسي أعانه على القتل، والإعانة تكفي للتحريم، ولا تكفي للملك؛ لأن المحرمات يحتاط فيها، والملك لا يحتاط[4] في إثباته، ولا يثبت بالشبهة، ألا ترى أن مسلما لو أخذ سكّينا ليذبح به شاة، ووضع السكين على حلق الشاة، فأخذ المجوسي بيده، وأمرّ حتى ذبح، فإنه لا يوكل لما قلنا.

وكذا لو رمى حلال إلى صيد، وسمّى، ثم رمى محرم[5] إلى ذلك الصيد، فهو على هذه الوجوه الثلاثة: في الوجه الأول: لا يكون الصيد للحلال، وفي الوجه الثاني والثالث يكون له، ويكره أكله في الوجوه كلها لأجل الإعانة التي هي في إثبات الكراهة ملحقة بالمباشرة.

يدل عليه قوله عليه السلام لأصحاب أبي قتادة[6]: «هل أعنتم؟ هل أشرتم؟

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل، وزيادة من (ا) و (ب).

(٢) انظر «المبسوط» ١١/ ٢٥٢.

(٣) في (ا) و (ب): "للمسلم".

(٤) جاء في (ا) و (ب): لا يحتاج في إثباته، وما ثبت هو الصواب.

(٥) "محرم" ساقط من (ا) و (ب).

(٦) في (ا) و (ب): "لأصحاب قتادة".

فقالوا: لا، فقال عليه السلام: كلوا»[1]. علّق الإباحة بنفي الإعانة.

وعلى المحرم الجزاء في الوجوه كلها؛ لما نذكر إن شاء الله تعالى[2].

قوم من المجوس رمَوا صيدا بسهامهم، فأقبل الصيد فارّا عن سهامهم، ورمى مسلم، فقتله، فالصيد للمسلم، وهل يحل أكله؟ فهو على وجهين: إن لم تقع سهام المجوس على الأرض حتى رماه المسلم، كره أكله؛ لأنه لما فرّ من سهامهم إلى المسلم، فقد قربوه إلى المسلم، وأعانوه على الإصطياد، فحرم أكله، قال[3]: إلا إن يدرك المسلم ذكاته فيذكّيه، فحينئذ يحل؛ لأن إعانة المجوسي لا تكون فوق الرمي، وحقيقة الذكاة

---

(١) حديث صحيح، أخرجه الستة في كتبهم عن عبد الله ابن أبي قتادةَ يحدّث عن أبيه: «أنهم كانوا في مسيرٍ لهم، بعضهم محرم وبعضهم ليس بمحرم، قال: فرأيتُ حمارَ وحشٍ، فركبتُ فرسي، وأخذت الرمح، فاستعَنْتُهم فأبَوا أن يُعينوني، فاختَلَستُ سوَطا من بعضهم، فشَدَدتُ على الحمار، فأصبتُه، فأكلوا منه فأشفقوا، قال: فسئل عن ذلك النبي ﷺ فقال: هل أشرتُم أو أعَنتُم؟ قالوا: لا، قال: فكلوا». اللفظ للنسائي في المناسك، باب إذا أشار المحرم إلى الصيد فقتله الحلال، الحديث ٢٨٢٦، وفي لفظ لمسلم: «هل مِنكم أحدٌ أمَرَه أو أشار إليه؟ قالوا: لا، قال: فكلوا مابقي من لحمها» كتاب الحج، باب تحريم الصيد، الحديث ٢٨٤٧، وفي رواية مسلم عن شعبة قال: «أشرتم أو أعنتم أو أصدتم؟» الحديث ٢٨٤٨.

وأخرجه البخاري في جزاء الصيد، الحديث ١٨٢١، ١٨٢٢، ١٨٢٤، وأبوداود الحديث ١٨٥٢، والترمذي الحديث ٨٤٨، وابن ماجه الحديث ٣٠٩٣، والدارمي ٣/ ٣٨، ٣٩، ومالك في الموطأ ١/ ٣٥١، وعبد الرزاق الحديث ٨٣٣٧، والدارقطني ٢/ ٢٩١، والبيهقي ٥/ ٣٢٢، والطحاوي ٢/ ١٧٣، وأحمد ٥/ ٣٠٥، كلهم من حديث أبي قتادة بألفاظ متقاربة.

(٢) "إن شاء الله" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) "قال" ساقط من (ا) و (ب).

تقطع حكم الرمي، فحكم الإعانة أولى.

وإن وقعت[1] سهام المجوس على الأرض، ثم رماه المسلم، فقتله، حل أكله؛ لأنه لا يفرّ من سهامهم بعد وقوعها على الأرض لوقوع الأمن عن الإصابة، فينقطع حكم فعلهم، ولا يعتبر بقاء الفزع في قلبه؛ لأن ذلك يختلف باختلاف الصيد، فلا يمكن اعتباره.

وكذا لو أرسل المجوس كلابَهم على صيد[2]، فأقبل الصيد فارّا من كلابهم، ثم رماه المسلم، أو أرسل كلبه [المعلم][3] بعد ما انصرف كلبه المعلّم، فقتله، فهو على هذين الوجهين:

إن رماه المسلم، أو أرسل كلبه بعد ما انصرف عنه كلاب المجوس، وتركوا اتباعه، حل أكله لانعدام الإعانة، وإن أرسل، أو رمى قبل ذلك، يكره أكله، لوجود الإعانة.

وكذا لو أرسل المجوسي بازيا، أو صقرا على الصيد[4]، فأقبل الصيد يهوي إلى الأرض فارّا [عن البازي][5]، فرماه مسلم، وسمّى، فأصابه السهم، وقتله، إن رمى قبل أن يرجع عنه البازي، لا يحل أكله، لوجود الإعانة.

وكذلك كلب أو بازيّ غير معلم انبعث إلى صيد، واتبعه، فأرسل إليه مسلم كلبه المعلم، أو صقره، أو رماه بسهم، وسمّى فقتله، لا يحل أكله؛ لأن مشاركته الكلب

---

(١) في (ا) و (ب): "وإن انقطعت"، وهو خطأ.

(٢) "على صيد" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٤) "على الصيد" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

والبازي الذي هو غير معلم محرم، فكذا الإعانة، وإن رماه بعد بعد ما انصرف عنه غير المعلم، يحل أكله لما قلنا.

الفصل الرابع:

مسلم أرسل كلبه المعلم على صيد، وسمّى، فزجره مجوسي، أو صاحَ به، فانزجر لزجره، واشتدّ لصياحه، فأخذ الصيد، وقتله، لا بأس بأكله[1].

فرق بين هذا وبين ما إذا رمى مسلم إلى صيد، ثم رمى المجوسي، فأصاب سهمه سهمَ المسلم، وزاد في مضيه، فأصاب الصيدَ، وقتله، فإنه لا يؤكل استحسانا[2].

والفرق: أن سبب الحرمة الشركة في التذكية، والإعانة عليها، أما الشركة فيما ليس من التذكية لا توجب الكراهة، ألا ترى أن المجوسي إذا جرّ شاة إلى مسلم ليذبحها المسلم، يحلّ أكلها، ففي فصل الرمي وجدت الشركة في التذكية لأن تذكية الرامي نفس الرمي فإذا رمى مجوس فقد شاركه في التذكية[3].

أما في فصل[4] الإرسال: فذكاة المسلم إرسال الكلب، وزجر المجوسي وصياحُه ليس من التذكية؛ ولأن الشركة إنما تتحقق في الجنس الواحد، لا في الجنسين المختلفين، ولا مجانسة بين الإرسال والصياح؛ لأن أحدهما فعل، والآخر قول، فلا تثبت المشاركة، حتى لو أرسل المجوسي[5] لا يحل؛ لوجود المشاركة.

---

(١) «ردّ المحتار» ٦/ ٤٧١، و«بدائع الصنائع» ٥/ ٨١.

(٢) انظر «المبسوط» ١١/ ٢٥٢، ٢٥٣.

(٣) من قوله: "لأن تذكية الرامي" إلى قوله: "في التذكية" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "فصل" ساقط من (ج) و (د).

(٥) قوله: "لو أرسل المجوسي"، أي لو أرسل مجوسي كلبَه، فزجَرَه مسلم وسمّى، فانزجر لا يؤكل

وكذا لو أرسل الحلال كلبه على صيد، وسمّى، فزجره محرم، فاشتد بذلك، وقتل الصيد، حل أكله[1]، بخلاف ما لو رمى الحلال، ثم رمى المحرم.

والفرق ما قلنا في حق المجوسي، وعلى المحرم الجزاء في الوجوه كلها؛ لأن سبب وجوب الجزاء ارتكاب محظور الإحرام، وتعرّض الصيد من محظورات الإحرام، أما الحرمة إنما تثبت بالشركة في التذكية، ولم توجد.

استشهد رحمه الله فقال: ألا ترى أن الجزاء يجب على المحرم بالدلالة، وإن كان لا يحرم الصيد بدلالة المحرم، كذا ذكر هنا.

وهذه المسألة لا ذكر لها في «المبسوط» وذكر الحاكم[2] رحمه الله في «المنتقى»[3]: أن الصيد يحرم بدلالة المحرم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وظاهر الحديث دليل عليه، وهو قوله عليه السلام لأصحاب أبي قتادة رضي الله عنهم: «هل أشرتم؟ هل دللتم؟»[4]،

صيده، لأن المرسِل ليس من أهل الإرسال، والعبرة للإرسال. انظر «بدائع الصنائع» ٥/ ٨١.

(١) وذكر العلامة الكاساني أصلا آخر لتخريج مثل هذه المسائل بأن الدلالة لا تعتبر إذا وُجد الصريح، وإذا لم يوجد تعتبر، ففي المسألة الأولى وُجد من الكلب صريح الطاعة بالإرسال حيث عَدَا بإرساله، وانزجارُه طاعة للزاجر بطريق الدلالة فلا يعتبر في مقابلة الصريح. «بدائع الصنائع» ٥/ ٨١.

(٢) هو الحاكم الشهيد أبو الفضل محمد المروزي، تقدم ترجمته في ص١٨٢.

(٣) نقل العلامة اللكنوي عن الكفوي في «كتائب أعلام الأخيار» أن كتاب «المنتقى» للحاكم الشهيد، أصل للمذهب بعد كتب محمد بن الحسن، ولايوجد في هذه الأعصار في هذه الأمصار. انظر «النافع الكبير» ص ١٧.

(٤) تقدم تخريجه مفصلا في ص ٢١٤٩.

سوّى بين الإعانة والدلالة، وعلّق الإباحة بانتفاء الكل، فكان المذكور هنا قول محمد رحمه الله تعالى.

الفصل الخامس:

مسلم رمى سهما إلى صيد، فهبّت الريح، وردّته إلى ورائه، ثم أصاب الصيد، وقتله، لا يؤكل؛ لأن حكم الرمي قد انقطع، وحصلت الإصابة بالريح، فصار كأنه مات حَتفَ أنفه[1]، وكذا لو صرفته يمنة أو يسرة، وقطع سُننه[2].

وإن ضربته الريح، وزادت في ذهابه، حتى أصاب الصيد، وقتله، أكل[3]، سواء كان السهم يصل إلى هذا الموضع بدون الريح، أو لا يصل؛ لأن فعل الريح ليس من جنس الرمي؛ لأن فعل الريح هدرٌ لا حكم له، والرمي يتعلق به الحكم، فلا تثبت به المشاركة.

وكذا لو أمالته الريح يمنة أو يسرة، إلا أنها لم تقطع سُنَنَه؛ لأن هذا القدر من الإمالة

(١) لأن الإصابة لم تكن بقوة الرامي، بل بقوة الريح، فهو نظير سَهم موضوع في موضعٍ حمله الريح، فضربه على صيد فمات، وفعلُ الريح لا يكون ذكاة الصيد. صرّح به السرخسي، راجع «المبسوط» ١١/ ٢٥٢.

(٢) وكذلك لو أصاب السهم حائطاً أو شجرا أو شيئاً آخر فردّه، فهو وردّ الريح سواء في جميع ذلك، لأن مضيه إلى ما وراءه بصلابة الشجر والحائط لا بقوة الرمي. انظر «المبسوط» ١١/ ٢٥٢.

(٣) لأنه ما دام يمضي في سُننه، فمضيه مضاف إليه قوة الرامي والريح يزيده في قوته، فلا ينقطع به حكم الإضافة، أما إذا ردّه الريح يمنة أو يسرة وقطع سُنَنَه فقد انقطع حكم هذه الإضافة، لأن الرامي لا يحب مضي السهم يمنة أو يسرة، فيصير مضافا إلى الريح لا إلى الرامي. انظر «المبسوط» ١١/ ٢٥٢.

لا يمكن الاحتراز عنه؛ لأن الهواء لا يخلو عن الريح، فما لم يقطع سننه لا يبطل حكم الرمي[1].

ـ والله أعلم بالصواب ـ

تمّ الكتاب بحمد الله تعالى وعونه وتوفيقه، وصلّى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم، وحسبنا الله ونعم الوكيل[2].

---

(١) لأنه ليس بضدّ للجهة التي قَصَدَها الرامي، ولا يمكن الاحتراز عنه، خاصة إذا كان يصطاد في يوم ريح، وهذا مرويّ عن الإمام أبي يوسف رحمه الله أيضاً، نصّ عليه السرخسي، راجع: «المبسوط» ١١/ ٢٥٢.

(٢) وبهذا تمّ بفضل الله تعالى وتوفيقه وإحسانه تحقيق هذا الكتاب ومراجعته وتصحيحه مساء يوم الجمعة، الثالث والعشرين من شهر شوال سنة ١٤١٨هـ. فالحمد لله الذي بنعمته تتمّ الصالحات، وله الحمد والشكر عدد خلقه ورضى نفسه وزنة عرشه ومداد كلماته، والصلاة والسلام على سيّد الأنبياء والمرسلين محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين. أدعو الله سبحانه وتعالى أن يجعل هذا العمل المتواضع خالصا لوجهه الكريم ويتقبّله بحسن إحسانه، وأسأله أن يغفر لي ما فرط مني أثناء التحقيق، ربنا تقبّل منا إنك أنت السميع العليم وتب علينا إنك أنت التواب الرحيم.

الفهارس

١ - فهرس الآيات القرآنية .
٢ - فهرس الأحاديث والآثار .
٣ - فهرس الأعلام المترجم لهم في القسم الدراسي
٤ - فهرس الأعلام الواردة في الكتاب
٥- فهرس الكتب الواردة في الكتاب .
٦ - فهرس الأماكن والبلدان .
٧ - فهرس الأشعار .
٨ - فهرس الفروق الفقهية .
٩ - فهرس القواعد والضوابط الفقهية
١٠ - فهرس المصادر والمراجع للتحقيق .
١١ - فهرس محتويات الكتاب .

فهرس الآيات

الآية :	السورة	رقم الآية	الصفحة
﴿فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله﴾	النحل	٩٨	٢٢٨
﴿وقل رب أعوذ بك من همزات الشياطين﴾	المؤمنون	٩٧	٢٢٨
﴿حتى مطلع الفجر﴾	القدر	٥	٣٤٩
﴿وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله﴾	التوبة	٥	٣٥٠
﴿و بشرناه بإسحاق﴾	الصفات	١١٢	٣٦٠
﴿وعلى الذين يطيقونه فدية﴾	البقرة	١٨٤	٣٦٦
﴿إنما الصدقات للفقراء﴾	التوبة	٦٠	٣٦٩
﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾	النساء	٢٤	٣٧٩
﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾	النساء	٢٤	٣٩٣
إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم ﴾	المؤمنون	٦	٤١٢
﴿فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾	البقرة	٢٢٣	٤١٢
﴿ قالوا نعم ﴾	الأعراف	٤٤	٣٦٤
﴿ذلك بما قدمت يداك﴾	الحج	١٠	٤٢٩
﴿إلا امرأته قدرنا إنها لمن الغابرين﴾	الحجر	٦٠	٤٣٢

﴿فقدرنا فنعم القادرون﴾	المرسلات	٢٣	٤٣٢
﴿آمنوا بما نزلنا مصدقا لما معكم من قبل أن نطمس وجوها﴾	النساء	٤٧	٥٣٥
﴿فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾	المجادلة	٣	٥٣٥
﴿أن السموات والأرض كانتا رتقا﴾	الأنبياء	٣٠	٥٨٥
﴿فلاتقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين ﴾	الأنعام	٦٨	٥٩٨
﴿حقيق على أن لا أقول على الله إلا الحق﴾	الأعراف	١٠٥	٩٢٥-٩٢٦
﴿يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا﴾	الممتحنة	١٢	٩٢٦
﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ﴾	الطلاق	٦	١٣٢٦
﴿ما جعل الله من بحيرة﴾	المائدة	١٠٣	١٥٥٠
﴿وأن المساجد لله﴾	الجن	١٨	١٥٤٤
﴿إنما يعمر مساجد الله ﴾	التوبة	١٨	١٥٤٤
﴿ولتعرفنهم في لحن القول﴾	محمد	٣٠	١٥٥٥.
﴿وأنذر عشيرتك الأقربين﴾	الشعراء	٢١٤	١٦٠٠
﴿إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف﴾	البقرة	١٨٠	١٦٠٣
﴿قال لأهله امكثوا إني أنست نارا﴾	طه	١٠	١٦٠٩
﴿ولا يلتفت منكم أحد إلا امرأتك﴾	هود	٨١	١٦١٠
﴿فأسر بأهلك﴾	هود	٨١	١٦١٠
﴿فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما﴾	العنكبوت	١٤	١٦٣١

﴿ليس كمثله شيء﴾	الشورى	١١	١٦٨٦
﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾	النساء	١٢	١٧٤٧
﴿فلعرفتهم بسيماهم﴾	محمد	٣٠	٢٠١٧
﴿إن كان قميصه قد من قبل فصدقت﴾	يوسف	٢٦	٢٠١٧
﴿سيماهم في وجوههم من أثر السجود﴾	الفتح	٢٩	٢٠١٧
﴿للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم﴾	الحشر	٨	٢٠٣٠
﴿والذين جاءوا من بعدهم﴾	الحشر	١٠	٢٠٣٠
﴿حتى يُعطوا الجزيةَ عن يدٍ وهُم صاغرون﴾	التوبة	٢٩	٢٠٥٣، ٢٠٦١
﴿ادعُ إلى سبيلِ ربكَ بالحكمة والموعظة الحسنة﴾	النحل	١٢٥	٢٠٦٠
﴿ففهّمناها سليمانَ وكلا آتينا حكما وعلما﴾	الأنبياء	٧٩	٢٠٦٤
﴿ولا تزرُ وازرة وزرَ اخرى﴾	الفاطر	١٨	٢٠٦٦
﴿وإن أحدٌ من المشركين استجاركَ فأجِرهُ حتى يسمَعَ كلام الله ثم ابلغهُ مأمَنه﴾	التوبة	٦	٢٠٧٢
﴿وما علمتم من الجوارح مكلبين﴾	المائدة	٤	٢١٣٩
﴿ويعلم ما جرحتم بالنهار﴾	الأنعام	٦٠	٢١٣٩

فهرس الأحاديث والآثار

الحديث	الصفحة
١ - «أتموا صلاتكم ياأهل مكة، فإنا قوم سفر»	٢٠٠
٢ - «اثنان فما فوقهما جماعة»	١٥٩٨
٣ - «أدركوا، لا توله والدة بولدها»	٢١٠٧
٤ - «إذا أرسلت كلبك المعلم، وذكرت اسم الله تعالى عليه فكل»	٢١٣٤
٥ - «إذا حاصرتم حصنا، وأرادوكم أن تنزلوهم على حكم الله، فلا تنزلوهم، فإنكم ما تدرون ما حكم الله فيهم، ولكن أنزلوهم على حكمهم»	٢٠٦١، ٢٠٦٢
٦ - «إذا لبست أمتي السواد فابغوا الاسلام»	٢٠١٩
٧ - «إذا وقعت رميتك في الماء، فلا تأكل، لعل الماء قتله»	٢١٢١
٨ - «أرأيت إن كان على أبيك دين، فقضيته، أما كان يجزئه، فقالت: نعم! فقال عليه السلام: فدين الله أحق»	٣٧٢، ٣٧٣
٩ - «اقرأ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم مني السلام، واقرأ الأنصار مني السلام، وقل لهم: لا عذر لكم، إن قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم، وفيكم عين تطرف، أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم إن بي كذا وكذا طعنة، كلها أصابت مقتلي»	١٩٦

١٠ - «أما أني تذكرت آية من كتاب الله تعالى استغنيت بها عن آرائكم وتلا قوله تعالى . . » ٢٠٣٠

١١ - «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله» ٢٠٣٤ ، ٢٠٢٦ ، ٢٠٢٥، ٢٠٦٠

١٢ - «إن أحسن ما يغير به الشيب الحنأ والكتم» ٢٠١٨

١٣ - «أنت ومالك لأبيك» ١٩٨٦

١٤ - «إن الذي حرم شربها حرم بيعها، وأكل ثمنها» ١٠١٣

١٥ - «إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم، في آخر أعماركم، زيادة على أعمالكم» ١٥٤٧

١٦ - «ان النبي صلى الله عليه وسلم صالح أهل نجران كل سنة على ألف ومائتي
حلة من ثيابهم» ٢٠٤٨

١٧ - «إن خرق المعراض فكل، وإن لم يخرق فلا تأكل» ٢١١٩

١٨ - «أن رجلا جاء إلى النبى عليه السلام، وأخبره أن سائلة جاءت إلى الباب، وقالت:
أطعموني فإنى أرضعتكم» ٧٧٨

١٩ - «إن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع دينارا رلى حكيم بن حزام وأمره أن يشتري
له شاة للأضحية، فاشترى شاة للأضحية، ثم باعها بدينارين، ثم اشترى بأحد
الدينارين شاة، وجاء بالشاة والدينار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأخبره بذلك،
فقال له عليه السلام: «بارك الله في صفقة يمينك» ١١٥٨-١١٥٩

٢٠ - «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى امرأة والهة في المغنم، فسأل عن شأنها» ٧٧٣

٢١ - إن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف على ناقته، وكان يستلم الأركان بمحجنه» ١٥٦٣

٢٢ - «ان رسول الله صلى الله وسلم وهب لعلي رضى الله عنه غلامين صغيرين أخوين» ٧٧٤

٢٣ - « إن عليا رضي الله عنه طلب من عثمان رضي الله عنه أن يحجر على

عبدالله بن جعفر» ١٣٣١
٢٤ - «إن النبي صلى الله عليه وسلم حلف اليهود: بالله ما قتلتموه، وماعلمتم له قاتلا» ٨٦٤
٢٥ - «إن وجدتها قبل القسمة أخذتها بغير شيء، وإن وجدتها بعد القسمة أخذتها بالقيمة
إن شئت» ٢٠٩٠
٢٦ - «إني نذير لكم بين يدي عذاب شديد» ١٦٠٠
٢٧- «بارك الله في صفقة يمينك» ١١٥٩
٢٨ - «الجار أحق بصقبه» ١٦١٥-١٦١٦
٢٩ - «الخراج بالضمان» ٨١٥، ١٩٠٢
٣٠ - «روي أن آدم عليه السلام حين قبض نزلت الملائكة عليهم السلام، فغسلوه
وكفنوه ودفنوه، وقالوا: هذه سنة موتاكم يابني آدم» ١٨٤
٣١ - «روي عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه أجاز الكتابة على الوصفاء» ٦٥٤
٣٢ - «الزعيم غارم» ١٨٧٢
٣٣ - «زملّوهم بكلومهم ودمائهم، فإنهم يبعثون يوم القيامة وأوداجهم تشخب دما،
اللون لون الدم، والريح ريح المسك» ١٨٥
٣٤ - «السائب يضع ماله حيث أحب» ١٧٤٨
٣٥ - «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته» ٤٢٧
٣٦- «الصيد لمن أخذ» ٢١١٦-٢١١٧
٣٧ - «العجماء جبار» ٢١٣٥
٣٨ - «عشر من الفطرة» ٢٠١٧
٣٩ - «على اليد ما أخذت حتى ترد» ١٣٤١
٤٠ - «العمد قود» ١٤٤٥

٤١ - «غيروا الشيب، ولا تتشبهوا باليهود» ٢٠١٨

٤٢ - «قضى عمر رضى الله عنه بالدية على العاقلة في ثلاث سنين» ١٤٢٠

٤٣ - «الكاسب أحق بكسبه» ٨١٠

٤٤ - «لا شهادة لخصم» ١٢٦٦

٤٥ - «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد» ١٦١٦

٤٦ - «لا يجتمع أهل دينين في جزيرة العرب» ٢٠٤٠

٤٧ - «لا، حتى تذوقي عسيلته و يذوق عسيلتك» ٤١٥

٤٨ - «لاتؤذ جارك بقتار قدرك إلا أن تعطيه منه» ١٦١٧

٤٩ - «لاتنكح الأمة على الحرة» ٥٣٨

٥٠ - «لئن عشت إلى قابل لأخرجن بني نجران من جزيرة العرب» ٢٠٣٩

٥١ - «لاوصية للقاتل» ١٧٥٠

٥٢ - «لاوصية للوارث» ١٧٤٩

٥٣ - «لايُغلق الرهن» ١٠٩٤

٥٤ - «لايورث الحمل إلا ببينة» ٧٧٨

٥٥ - «لا يورث الحميل إلا ببينة» ٢١٠٦

٥٦ - «لقد حكمت بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة» ٢٠٦١

٥٧- «اللهم اكفني بلالا وأصحابه» ٢٠٣٠

٥٨ - «ليس للنساء من الولاء إلاما أعتقن، أو أعتق من أعتقن» ٤٢١

٥٩ - «ما اجتمع الحرام والحلال إلا وقد غلب الحرام الحلال» ٢١٢١

٦٠ - «ماذا أصنع بما عطب منها يا رسول الله» ١١٦٧

٦١ - ماذا ترون أني صانع بكم، فقالوا: أخ كريم، وابن أخ كريم، ملكت فاسجح»

فقال عليه السلام: «أقول كما قال أخي يوسف عليه السلام لإخوته: لا تثريب عليكم
اليوم، يغفر الله لكم وهو أرحم الراحمين، أنتم الطلقاء، لكم أموالكم و ذراريكم» ٢٠٤١

٦٢ - «مر ابنك، فليراجعها، ثم ليدعها حتى تحيض و تطهر، ثم ليطلقها، إن شاء طاهرا
من غير جماع، أو حاملا قد استبان حملها» ٥١٤

٦٣ - «المرتدة تستحيى، ولا تقتل» ٢٠٣٥

٦٤ - «من أحيل على ملئ فليتبع» ١٨٤٧

٦٥ - «من أسلم على مال فهو له» ٢٠٥٦

٦٦ - «من بدل دينه فاقتلوه» ٢٠٣٣

٦٧ - «من شاء باهلته أن الله تعالى لم يجعل في المال الواحد ثلثين، ونصفا،
ولا نصفين وثلثا» ١٤٤٧

٦٨ - «من فرق بين والدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» ٧٧٤

٦٩ - «نفقة الرجل على نفسه صدقة، وعلى عياله صدقة» ٣٦٩-٣٧٠

٧٠ - «هل أشرتم؟ هل دللتم؟» ٢١٥٠

٧١ - «هل أعنتم؟ هل أشرتم؟ فقالوا: لا، فقال عليه السلام: كلوا» ٢١٤٦-٢١٤٧

٧٢ - «هلم إلى الغداء المبارك» ٣٧٨

٧٣ - «هو لها صدقة ولنا هدية» ٨٥٣

٧٤ - «الولد للفراش» ٢١٠٥

٧٥ - «ولدت من نكاح، وما ولدت من سفاح» ٢٠٩٩

٧٦ - «ولكن أنزلوهم على حكمكم» ٢٠٦٧

٧٧ - «وهو للباقي منكما» ١٥٣٧

فهرس الأعلام المترجم لها في القسم الدراسي

١ - الإمام أبو حنيفة (١٥٠هـ)	٢٣
٢ - الإمام محمد بن يوسف (١٨٣ هـ)	٢٥
٣ - الإمام مالك (١٧٩ هـ)	٢٧
٤ - ابن جُريج المكّي (١٥٠ هـ)	٢٨
٥- مِسْعَر بن كدام (١٥٣ هـ)	٢٨
٦ - عمر بن ذَرّ الهمداني (١٥٣ هـ)	٢٩
٧ - مُحِلّ بن مُحْرِز الضَّبّيّ الكوفي (١٥٣ هـ)	٢٩
٨ - الأوزاعي (١٥٧ هـ) :	٣٠
٩ - عبدالله بن المبارك :	٣١
١٠ - مالك بن مِغْول (١٥٩ هـ)	٣٢
١١ - يونس بن أبي إسحاق (١٥٩ هـ)	٣٢
١٢ - سفيان الثوري (١٦١ هـ)	٣٣
١٣ - داود الطائي (١٦٢ هـ)	٣٤
١٤ - القاسم بن معن بن عبدالرحمن بن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه	٣٤
١ - الإمام الشافعي (١٠٤هـ)	٣٦
٢ - شعيب الكيساني (٢٠٤هـ)	٣٧
٣ - أبو سليمان الجوزجاني (توفي بعد ٢٠٠ هـ)	٣٧
٤ - خلف بن أيوب سنة (٢٠٥ هـ)	٣٨
٥- إبراهيم المروزي (٢١٠ هـ)	٣٨
٦ - أبو يعلى الرازي سنة (٢١١ هـ)	٣٨

٧ - أسد بن الفرات (٢١٣ هـ) ٣٩

٨ - أبو حفص الكبير (٢١٧ هـ) ٤٠

٩ - علي بن معبد (٢١٨ هـ) ٤١

١٠ - عيسى بن أبان (٢٢٠ هـ) ٤١

١١ - هشام الرازي (٢٢١ هـ) ٤٢

١٢ - أبو عُبيد القاسم بن سلاّم (٢٢٤ هـ) ٤٣

١٣ - محمد بن سَماعة التميمي (٢٣٣ هـ) ٤٤

١٤ - عبد العزيز بن عبد الرزاق، بن أبي نصر بن جعفر بن سليمان، ٦١

١٥ - المعلّى بن عبد العزيز بن عبد الرزاق، ٦٣

١٦ - الحسن بن علي بن عبد العزيز بن عبد الرزاق، المرغيناني، الملقّب بظهير الدين ٦٣

١٧ - طاهر بن أحمد بن عبد الرشيد بن الحسين، افتخار الدين، البخاري ٦٤

١٨ - إبراهيم بن إسماعيل الصفّار: ٦٨

١٩ - شمس الأئمة محمود الأوزجندي، جد قاضي خان: ٦٩

٢٠ - ظهير الدين الحسن بن على ظهير الدين الكبير المرغيناني : ٧١

٢١ - نظام الدين إبراهيم بن علي المَرْغِينَاني: ٧٢

٢٢ - طاهر بن أحمد بن عبد الرشيد بن الحسين، الإمام، افتخار الدين، البخارى: ٧٣

٢٣ - عبيد الله بن إبراهيم بن أحمد بن عبد الملك بن عمر بن عبد العزيز ٧٤

٢٤ - يوسف بن أحمد بن أبى بكر، الخاصِيّ، نجم الدين، جمال الأئمة: ٧٥

٢٥ - الإمام محمود بن أحمد بن عبد السيد بن عثمان بن نصر بن عبدالملك الحَصيري ٧٥

٢٦ - محمد بن عبد الستار بن محمد، المعروف بشمس الأئمة، الكَردري ٧٨

٢٨ - نجم الأئمة الحكيمي

٢٩ - أحمد بن محمد بن عمر زاهد الدين أبو نصر العتّابى ١٠٦

٣٠ - محمود بن الصدر السعيد أحمد بن الصدر الكبيرر برهان الدين عبد العزيز

بن عمربن مازه برهان الدين صاحب المحيط البرانى ١٠٨
٣١ - عبد الغفور بن لقمان بن محمد شرف القضاة اج الدين أبو المفاخر الكردرى ١٠٨
٣٢ - عمر بن إسحاق بن أحمد أبو حفص سراج الدين الهندى الغزنوى ١٠٩

فهرس الأعلام الواردة في الكتاب

إبراهيم ابن رسول الله عليه السلام ١٦٠٨
إسماعيل بن حماد ٨٦٨
الأصمعي ١٥٩٦
أبو بكر الأعمش، الفقيه ٢٠٧٠
بريرة رضي الله عنها ٨٥٣
بشر بن غياث المريسي ١١٨٣، ١٣٠٥، ١٩٠٠
بشر بن الوليد ١٠٦١، ٢٦٥، ٧٢٤، ١٤٦٢، ١٤٧٢، ١٥٨٠، ١٦٩٥، ١٧٨٨
أبو بكر البلخي ٣٠٢
أبو بكر ٢٠٣٩
بلال ٢٠٣٠
أبو جعفر الطحاوي ٣٣١، ٧٤٧، ٧٥٠، ٨١٥، ١١٥٠، ٢٠٦٦، ٢٠٤٦
جعفر بن أبي طالب، ١٦٠٢، ١٦٠٣
أبو حازم ٣٩٤، ٧٢٦، ٧٦٤، ٨٧٦، ٨٧٧، ١٨٠٣
الحاكم الشهيد ٢١١٩، ٢١٥٠
حذيفة بن اليمان، ٢٠٤٤
حسن بن زياد ٧٣٩، ١٢٥١، ١٦٠٣، ١٦٢٩، ٢١٢٧، ١٩٠١، ١٥٤٥، ١٩٠٥

حسن الكرخي ٧٣١

حفص ١٦٣٣

حكيم بن حزام ١١٥٨

شمس الأئمة الحلواني ١١٥٥ ، ١١٦٢، ١٢٧١، ٩١٧

حماد ١٧٨ ، ١٧٩

الخثعمية ٣٧٢

أبو بكر الخصاف ٦٩٣، ٧١٠، ٧٢٤، ١٢٧٦

خواهرزاده ٢١١٢

داود بن علي الأصفهاني ٢٠٠٤

أبو طاهر الدباس ٨٧٦

أبو بكر الرازى ٧٠٦، ٧١٥، ١٥٣٦

ركانة بن عبد يزيد ٥٦٥

الزعفراني ١١٧٦، ١١٧٧ ، ٥٠٨ ، ٩٥٨، ١٥٩٣، ٢٠٧٩

زفر بن الهذيل ،١٤٩، ١٦٢، ٢٤٠، ٢٧٤، ٢٨٦،
٢٨٧، ٣٣٩، ٣٨٩، ، ٣٩٤، ٤٧٧، ٥١٩، ٧٣٦، ٧٤٨، ٧٥٨، ، ١٧٢، ١٠٥٦، ١١١٢، ، ١١
١٤، ١١٧٤، ١٣٣٩، ١٣٤٠، ١٤٢١، ٧٦١، ١٩٧٤
، ١٨٨٩، ١٩٤٩

زيد بن أرقم ٨٤٠

زيد بن ثابت ٥٦١، ٢٠٠٧

شمس الأئمة السرخسي ١٨١ ، ١٠٠٧

سعد بن الربيع ١٩٦

سعد بن معاذ ٢٠٦٨، ٢٠٢٨، ٢٠٦١، ٢٠٦٧

سليمان الجوزجاني ١٤٥٥، ٩٥٢، ٩٥٧، ٩٥٨، ١٦٣٣

ابن سماعة ١٩٧، ٣٤٧، ٤٨٧، ٥٠٨، ٦٩٨، ٧٣٢، ٨٢٥، ٨٢٩، ٩٥٧،
٩٥٨، ، ٩٧١، ١٠٣٩، ٠٤٤، ١٠٨٤، ١٣٠٦، ١٨١٤، ١٩٨٦، ١٩٨٦

الشافعي ٣٩١، ٤٦٥، ٧٠٩، ٧٣٦، ٨٣٩، ١٠٢٤، ١٠٤٥، ١٠٥٦، ١١٧٧، ١٢٨٩، ١٢٩٠،
١٣١٨، ١٣٢٠، ١٣٣٣، ١٥٩٩، ١٦٣٠، ١٧٥٠، ٢١١٤، ٢١٢٧، ٢١٣٩

أبو بكر بن شاهويه ١٦١٤

شريح ١٣١٩

شعيب ١٣٢٠

عائشة رضي الله عنها ٨٤٠

عاصم بن عدي ١٦١٣

أبو عاصم العامري ١١٠٧، ١١٥٢

عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ٢٢٩، ١٤٤٧، ١٦٠٨، ١٦١٣، ٢٠٣٥، ٢١١٩

عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ٢٢٩، ١٧٤٨، ٢٠٠٧، ٢١٢١

أبو عبد الله الجرجاني ٧٣١

عثمان بن حنيف ٢٠٤٤

عدي بن حاتم الطائي ٢١٣٤

عطاء ٢٤٣

عقيل بن أبي طالب، ١٦٠٢، ١٦٠٣

علي الشاشي ٧٣٧

علي رضي الله عنه، ١٥٣١، ١٦٠٢، ١٦١٦، ١٧٥٠، ٢٠٠٧

عمر رضي الله عنه ٥١٤، ٧٧٨، ١٢٨٢، ١٥٣١، ١٥٣٧، ٢٠٢٧، ٢٠٣٠، ٢٠٣٢،
٢٠٤٤، ٢٠٥٣، ٢٠٢٩، ٢٠٤٥، ٢٠٥١، ٢٠٤٦، ٢١٠٦

أبو بكر العمي ١٨٠٤
عيسى بن أبان ٦٨١، ٦٨٤، ٨٨٨، ١١٠٠، ٥٥١، ٥٧٦، ٥٧٧، ١٧٦٣، ٢٠٠٤، ٢١٤٤، ١٧٦٤
أبو القاسم الصفار ١٣٢٥، ١٦٥٣
قاسم بن معن ١٣٣٠، ٤٦٣
قتادة، ٢١٤٦، ٢١٥٠
الكرخي ٢٤٨، ٥٠٧، ٥٥٤، ١٩١٢، ٢٠٧٩، ١٩١٣
ليث ١١٥٤
ابن أبي ليلى ٦٨٠
مالك ١٥٢٩
أبو بكر محمد بن الفضل ٣١٨
محمد بن مقاتل ٢١٢٧
مروان ١٦١٣
موسى عليه السلام ١٣٢٠
ناجية بن جندب الأسلمي ١١٦٦، ١١٦٧
نصر محمد بن سلام البلخي ٧١٧
هشام ٤٧٨، ٥٢٠، ٧٤٠، ٧٧٦، ٩٩١، ١٠٠٧، ١٩٦٧، ١٩٦٧
هلال الرازي ١٨٠٤، ١٦٠٤
الواقدي ٢٠٦٨
يوسف بن خالد السمتي ١٥٩٩

فهرس الكتب الواردة في شرح الزيادات

«الأصل» ١٤٨٦

«الأمالي» ٧٢٤، ٧٩٨، ٥٢٠، ٣١٢، ٤٤٠، ٤٤٥، ٤٤٦، ٤٥٠، ٤٧٧، ٤٧٨
١١٦٢، ١٣٦٧، ٧٧٧، ١٥٨٠، ١٦٥٤، ١٦٥٥، ١٧٨٨، ١٦٩٥

«التجريد» ٤٤٦

«الجامع الكبير» ٣٠٢، ١٠٣٢، ١٨٩٧، ١٧٨٤، ١٢٧١، ١٣٣٨، ١٤٤٣، ٧٩٥، ٧٩٦
٩١١، ٦٢٢ ١٧٧٨، ١٣٣٦، ١٣٦٨، ٧٩٥، ٩١٧، ٩٥٨، ١٧٧٧، ١٧٨٥

«الجامع الصغير» ٥٥٢ ١٨٢٤ ١٦٧٥ ٧٤٢، ٧٠١، ٧٠٣ ٧٠٢، ٧٤٢، ٥٥٢، ٧٠٢
١٦٧٥، ١٨٢٤

«الرقيات» للإمام محمد ٨٣٢

الزيادات» ١١٦٢، ٨٢٤، ٢١٤٥

«السير الكبير» ٢٠١٤، ٤٦٨، ٢٠٩٦، ٢٠٨٥، ٢١١٢، ٢١١٣

«المغازي» ٢٠٦٨

«المنتقى» للحاكم الشهيد ١٩٦٧، ٢١٥٠

«النوادر» ٢٣٠، ٤٣٣، ١٠٣٩، ١٤٨٦، ١٧٨٠، ١٨٠٥

«شرح الجامع الكبير» ١٩٤٨

«شرح الطحاوي» ٨٥٥

«مختصر القدوري» ٩٠٩، ١٥٩٣، ١٥٩٥، ١٥٩٣، ٢٠٧٩، ٢١١٩

«المبسوط» للإمام محمد، ١٨٢٤، ٢١٠٠، ٢١٥٠

«المختلف» للسمرقندي ٨٤٢

«الواقعات» الناطفي ١٨٢

فهرس الأماكن

البصرة ١٦١١

بغداد ٢٠١، ٢٠٢، ٢٠٣، ٢٠٤، ٢٠٥، ٢٠٦، ٢٠٧

خراسان ٢٠٦

خيبر ٢٠٢٧، ٢٠٢٨

الرقة ٥٥١

الشام ٢٠٢٧، ٢٠٣٩، ٢٠٥١

العراق ٢٠٢٧، ٢٠٥١، ٢٠٢٩

عرفة ١٥٦٢، ١٥٦٤، ١٥٦٥

قادسية ٢٠٦، ٢٠٧

قصر ابن هُبيرة ٢٠١

الكوفة ٢٠٣، ٢٠٤، ٢٠٥، ٢٠٦، ٢٠٧، ١٦١١، ٢٠٢، ٢٠٣، ٢٠٤، ٢٠٥، ٢٠٦، ٢٠٧، ١٦١١

مدينة ٢٠٠

مزدلفة ١٥٦٢

مكة ٢٠٠، ٢٠١، ٢٠٧، ٢٠٠، ٢٠١، ٢٠٦، ٢٠٧٢٠٢٧

نجران ٢٠٥١، ٢٠٥٤

نهر الملك ٢٠٥٣

فهرس الأشعار

		الصفحة
لكلّ أبي بنتٍ إذا ما تَرَعْرَعَت	ثلاثةُ أصهارٍ إذا عُدّدَ الصهرُ	١٦١٢
فأوّلهُم خِدر وثانيهمُ امرءٌ	وثالثهم قَبرٌ وخيرهم القَبرُ	
فلو كنتُ صهر الابن مَروان قربت	ركابي إلى المعروف والعطن الرحب	١٦١٣
و لكنني صهر لآل محمد،	و خال بني العباس و الخال كالأب	

فهرس الفروق الفقهية

الفروق الفقهية في كتاب الطهارة والصلاة :

ص : ١٥٢ ، ٢٤١ .

الفروق الفقهية في كتاب الزكاة :

ص : ٢٧٧

الفروق الفقهية في كتاب الأيمان :

ص : ٣٢٠ ، ٣٢٥ ، ٣٢٧ ، ٣٧٢

الفروق الفقهية في كتاب النكاح :

ص : ٣٨٧، ٣٩٣، ٣٩٦، ٣٩٧.

الفروق الفقهية في كتاب الطلاق :

ص : ٤٥١ ، ٤٥٥ ، ٤٦٢ ، ٤٦٧ ، ٤٧٦ ، ٥١٩ ، ٥٢٢ ، ٥٢٥، ٥٢٦ ، ٥٢٩ ، ٥٤١ ، ٥٨٥

الفروق الفقهية في كتاب العتاق :

ص : ٦٠٠ ، ٦٠٤ ، ٦٠٧ ، ٦٥١ ، ٦٥٦ ، ٦٥٧ ، ٦٦٢، ٦٦٣ ، ٦٧٣ ، ٦٧٤

الفروق الفقهية في كتاب البيوع :

ص : ٦٨٨ ، ٦٨٩ ، ٦٩٧ ، ٦٩٨، ٦٩٩، ٧٠٠ ، ٧٠١ ، ٧٠٢ ، ٧٠٥، ٧٣٠ ، ٧٤٦ ، ٧٨٨، ٧٩٠، ٨٠٦، ٨١٧، ٨٢٨، ٨٣٧، ٨٤٤، ٨٤٥، ٨٤٦، ٨٤٧، ٨٥١، ٨٥٢، ٩٠١، ٩٦٣، ٩٦٤، ٩٦٥، ٩٧٦، ١٠٠١، ١٠١٥ .

الفروق الفقهية في كتاب الشفعة :

ص : ١٠٢١، ١٠٢٢، ١٠٤٧، ١٠٤٨، ١٠٤٩ .

الفروق الفقهية في كتاب الرهن :

ص : ١٠٦٠ ، ١٠٦١ ، ١٠٦٦ ، ١٠٦٧ ، ١٠٧٩ ، ١٠٨٥ ، ١٠٨٧ ، ١١١١ ، ١١١٤ ، ١١٢٣ ، ١١٣٠ ، ١١٣٤ .

الفروق الفقهية في كتاب الوكالة :

ص : ١٢٠٨ ، ١٢١٢ ، ١٢١٨ ، ١٢٣١ ، ١٢٣٤ ، ١٢٤٠ ، ١٢٤٣ ، ١٢٨٩ ، ١٣٢٦ ، ١٣٤٧ ، ١٣٥٣

الفروق الفقهية في كتاب الغصب :

ص : ١٣٧٩ ، ١٣٩٥ ، ١٣٩٦ ، ١٣٩٩ ، ١٤٠٨ ، ١٤٠٩ ، ١٤١٧

الفروق الفقهية في كتاب الجنايات :

ص : ١٤٦٦

الفروق الفقهية في كتاب الوصايا :

ص : ١٥٣٣ ، ١٥٣٩ ، ١٥٤٠ ، ١٥٤٨ ، ١٥٤٩ ، ١٥٥١ ، ١٥٦٩ ، ١٥٧١ ، ١٥٧٦ ، ١٥٨٧ ، ١٥٨٩ ، ١٥٩١ ، ١٦٩٣ ، ١٦٥٩ ، ١٦٦٠ ، ١٦٧٦ ، ١٦٨٥ ، ١٧٨١

الفروق الفقهية في كتاب المأذون :

ص : ١٩٠١ ، ١٩١٢ ، ١٩١٤ ، ١٩١٨ ، ١٩٢٢ ، ١٩٢٨

الفروق الفقهية في كتاب المكاتب :

ص : ١٩٤٣ ، ١٩٤٤ ، ١٩٤٥ ، ١٩٤٨ ، ١٩٥٠ ، ١٩٥٨ ، ١٩٨٤ ، ١٩٨٥ ، ١٩٨٦ ، ١٩٩٢

الفروق الفقهية في كتاب السير :

ص : ٢٠٤٢ ، ٢٠٨٢

الفروق الفقهية في كتاب الصيد :

ص : ٢١٣٣ ، ٢١٣٨ ، ٢١٤٩ ، ٢١٥٠

فهرس القواعد والضوابط الفقهية المستخلصة من « شرح الزيادات»

مرتبة على حروف المعجم

« أ »

١- الإبراء إسقاط محض، ليس فيه معنى التمليك؛ ولهذا لو أضيف إلى العين، لا يكون تمليكا للعين، فكذا لو أضيف إلى الدين ١٨٢٦
٢- الابراء إسقاط فلايصح قبل الوجوب. ١٠٠٦
٣- إبراء الأصيل تمليك، وإبراء الكفيل ليس بتمليك. ١٣٩٨
٤- إبراء الكفيل إسقاط محض ١٣٩٨
٥- إبراء الوكيل تمليك بمنزلة الهبة ١٣٩٨
٦- الإبراء لايثبت بالشبهة ٩٤٠
٧- إيطال الملك المعصوم بغير عوض لا يجوز ٢٠٥٧
٨- إبقاء ما كان أولى ٢٠٥٤
٩- إبقاء ما كان على ما كان ٢٠٢٣
١٠- إتلاف المرتهن الزيادة بإذن الراهن كإتلاف الراهن. ١١١٧
١١- إتلاف مال الغير سبب للضمان، وتحريم الحلال إتلاف معنى. ٢١٢٢
١٢- إثبات الثابت لغو. ٦٩٢
١٣- الإثبات لا يكون إلا بدليل مثبت ١٦٣١
١٤- الإثنان وما فوقهما جَمع في الوصية ١٥٩٧
١٥- «الاثنان فما فوقهما جماعة» ١٥٩٧
١٦- الإجارة تفسخ بالأعذار عندنا؛ لأنه لايتمكّن من استيفاء المعقود عليه إلا بضرر. ١٣١٨
١٧- الإجارة تمليك المنفعة، فتقتضي المنفعة. ٧٢٩
١٨- الإجارة لا تصح إلا بإعلام البدلين؛ لأنها نوع بيع، فيراعى فيها إعلام البدلين، ١٩١٦

١٩- الإجازة لاتردعلي المفسوخ ٧٤٩
٢٠- الإجازة إذا لاقت عقدا موقوفا تصح، ولا تبطل إلا أن تحمل الإجازة إنشاء، ١٩٣٩
٢١- الإجازة تستعمل في الإمضاء والإنشاء، فإن أضيفت إلى الموجود، يراد بها الإمضاء، صحيحا كان الموجود أو باطلا، وإن أضيفت إلى غير الموجود، يراد بها الإنشاء، ١٩٤٦
٢٢- الإجازة إنماتعمل في الموقوف ١٦٩٥
٢٣- الأجنبي إذا شارك المالكَ في إتلاف المال بغير إذنه، يضمن نصف القيمة ٢١٢٢
٢٤- الاحتمال يكفي لثبات النسب، فلاينقطع بالشكّ. ٥٥٩
٢٥- الاحتيال جائز؛ لأنه تقليل لآلة الفساد ٢٠٩٢
٢٦- أحد العاقدين لايملك تفريق الصفقة قبل التمام. ٩٩٩
٢٧- أحد العاقدين لاينفرد بتفريق الصفقة المجتمعة؛ لما في تفريقها من الإضرار بالآخر بالإخلال بمقصوده. ١١٣٢
٢٨- أحد الوصيّين لا ينفرد بالتصرف إلا في أشياء معدودة: شراء الكفن وتوابعه، وشراء ما لا بدّ للصغير منه ١٥٢٧
٢٩- الاختلاف إذا وقع في أصل العقد، كان القول قول المنكر مع يمينه لتفردّه بالإنكار، والبينة بينة الآخر لتفردّه بالدعوى ٨٥٧
٣٠- اختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان ٤٠٦
٣١- الاختلاف متى وقَع في المقبوض كان القول فيه قول القابض، أمينا كان القابض كالمودَع ونحوه، أو ضَمينا كالغاصب ١٠٧٢
٣٢- أخذ الشفيع بالشفعة ابتداء تملّك بعوض، فيراعى فيه أحكام المبادلة، ١٠٣٥
٣٣- أخذ الصيد المباح سبب للملك ٢١١٦
٣٤- أخذُ المالك القديم ملكَه من المتملّك من العدوّ لايعتبر مبادلة، لأنه ليس بتملك ابتداء، بل هو أخذ قديم ملكه ١٠٣٥
٣٥- الأخذ بالشفعة استحقاق بحق سابق على المشتري. ١٠٢٦
٣٦- الأخذ بالشفعة تملّك مبتدأ كأنه يشتريها الآن ١٠٤١

٣٧- الأخذ نوعان: حقيقي: وهو ظاهر، وحكمي: وهو أن يفعل به فعلا يُخرجه من حيّز الإمتناع والتنفر ٢١١٧

٣٨- الأداء إلى الوارث يكون بمنزلة الأداء إلى المورث ١٨٢٩

٣٩- إدخال الصفقة في الصفقة حرام ٤٥٨

٤٠- أدنى السِنّ الذى يتعلق به الزكاة فى البقر تَبيع ٢٩٣

٤١- أدنى السّن الذى يتناوله اسم الإبل فى الشرع بنت مخاض ٢٨٥

٤٢- الأدنى لايزاحم الأقوى. ٤١٩- ١٧٩٤

٤٣- الأدنى لايصلح ناقضاً للأعلى ٢٠١

٤٤- إذا اجتمعت الإشارة والتسمية في العقد في الجنسين، يتعلق العقد بالمسمّى ٢٦٥٨

٤٥- إذا اجتمعت حقوق متفاوتة في التركة، حق أرباب الديون يثبت في وقت واحد، وهو حالة الموت أو المرض، فكانت في معنى الميراث ١٤٤٧

٤٦- إذا اتفقا المتعاقدان على أصل العقد، واختلفا في جنس البدل أو قدره، والسلعة قائمة أو فاتت إلى بدل، فإن أقام أحدهما البنة، قبلت بينته، وإن أقاما البينة، يقضى ببينة البائع ٨٥٨

٤٧- إذا تعارضت البينتان على النتاج، رجّحت بينة صاحب اليد، فيُقضى له. ٦٨١

٤٨- إذا تعذّر إيجاب القصاص لمعنى من جهة الوليّ بطل أصلا ١٤٩١

٤٩- إذا تكلم بالوصية، واستثنى شيئا متردّدا، على قول عامة الحُسّاب لا ينقص من الوصية إلا القدر المتيقّن، وعلى قول محمد لا يعطى له إلا القدر المتيقن، ١٦١٩

٥٠- إذا تمكّنت الجهالة في الواجب لا يجب إلا المتيقن ١٦٣٣

٥١- إذا شرط للمرأة على المسمّى شرطا تنتفع به، فإن وجد الوفاء بالشرط، لم يكن لها إلا المسمّى ٣٨٠

٥٢- إذا صحت الإجازة يستند النفاذ إلى وقت العقد، وإذا جعل إنشاء يقتصر النفاذ على وقت الإجازة ١٩٣٤

٥٣- إذا عجز صاحب الحق عن استيفاء حقه بنفسه، والقاضي نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر بنفسه، ينصب القاضي وكيلا ١٩٢٠

٥٤- إذا كانت الدلائل في حد التعارض، يبقى ما كان على ما كان أو يترجح جانب الإسلام احتياطا ٢٠٢٣

٥٥- إذا لم يعلم التاريخ في الحوادث يجعل كأنهما وقعا معا. ٢٩٩- ٦٢٦- ٦٨٦

٥٦- إذا ورد الاستثناء على عين ما تلفّظ به، كان استثناء الكل، وأنه باطل بالإجماع، ليس له وجه الصحة؛ لأنه تعطيل وإلغاء، والكلام لا يحتمل الإلغاء. ١٦٧٩

٥٧- الإذن القصدي لا يثبت بدون العلم في العبد والصبي جميعا، بخلاف الإيصاء حيث يثبت بدون العلم. ٧٤٢

٥٨- الإذن فكّ الحجر، وليس بإنابة ١٠١٤

٥٩- الإذن في التجارة لا يقبل التخصيص، فيصير مأذونا في التجارات كلها ١٩١٧

٦٠- الإذن في التجارة يثبت من السكوت ١٩١٦

٦١- الأراضي أصل في المن، والرقاب تَبع، وفوات التبع لا يوجب طرح شيء من البدل ٢٠٤٩

٦٢- الأراضي النامية لا تخلو عن الوظيفة ٢٠٢٦

٦٣- الإراقة لم تعرف قُربة إلا في زمان مخصوص، أو مكان مخصوص. ١١٦٥

٦٤- إزالة الملك عن الجمادات لا إلى مالك باطل ١٥٥٠

٦٥- الاستام والشراء وما يجري مجراه من أسباب الملك إقرار بأن لا ملك له قطعا وإقرار بملك الآخر ظاهرا ١١٣٩

٦٦- الإستبدال بالثمن قبل القبض جائز ٢٠٩٤

٦٧- الاستثناء إخراج البعض بطريق البيان، أو تكلّم بالباقي بعد الثنيا، ولا يصحّ إلا في البعض، ١٦٧٩

٦٨- الاستثناء إذا وردّ على غير ما تلفّظ به يصح، وإن وردّ على عين ما تلفّظ به لا يصح ١٦٧٩

٦٩- استثناء الكل باطل بالإجماع ١٦٧٩

٧٠- الاستثناء أنواع ثلاثة: صحيح، وباطل، ومبطل. ١٦٧٨

٧١- الاستثناء تصرف في اللفظ ١٧٩٥

٧٢- الاستثناء تصرف في اللفظ، لا في الحكم ١٦٧٩

٧٣- الاستثناء تكلّم بالباقي بعد الثنيا بطريق البيان ١٦٣٢

٧٤- الاستثناء من النفي إثبات، ومن إثبات نفي، والإثبات لا يكون إلا بدليل مثبت ١٦٣١

٧٥- الاستثناء: إخراج بطريق المعارضة ١٦٣٠

٧٦- استحقاق المبيع بملك مطلق أو سابق على البيع، يوجب توقيف البيّاعات الماضية على إجازة المستحق ٧٠٩

٧٧- استحقاق المبيع على المشتري يوجب الرجوع بالثمن على البائع، تحقيقا لمعنى المعاوضة، وهو المساواة. ٦٧٨

٧٨- الاستحقاق بحق سابق على العقد يُبطل العقد ١٠١٩

٧٩- الاستحقاق قضاء بعدم ملك ذي اليد، ويجوز أن يكون الملك عدما في حق شخص دون شخص. ٦٨٠

٨٠- الاستحقاق القيمة بمنزلة استحقاق العين ٧٩٤

٨١- الاستحلاف لا يكون إلا بعد الدعوى ١٢٠٥

٨٢- الاسترداد بحكم فساد العقد لايفتقر إلى القضاء، ٦٨٩

٨٣- استغراق التركة بالدين يمنع الملك للوارث والموصى له عندنا استحسانا ١٨٩٩

٨٤- الاستواء فى الحجّة يوجب الاستواء فى الاستحقاق ١٥٢٧

٨٥- الاستواء في سبب الاستحقاق يوجب الاستواء في الاستحقاق. ١٩٥٣

٨٦- استيفاء الأرش من السعاية يعتمد صحة القضاء ١٠٢٩

٨٧- استيفاء الأكثر من الأقل ممتنع والاستيفاء من خلاف الجنس لا يكون إلا بطريق المبادلة والمبادلة لا تتمّ بدون الرضى ١٢٢٢

٨٨- الاستيفاء من خلاف الجنس لا يكون إلا بطريق المبادلة ١٢٢٢

٨٩- استيلاء الكافر لا يوجب الملك قبل الإحراز بلا خلاف ٢١١٤

٩٠- استيلاء الكافر يشبه الغصب من وجه، ويشبه الاستيلاء على المال المباح من وجه ٢٠٩٠

٩١- الإسلام يمنع إبتداء الرق، ولايمنع البقاء ٢٠٣٧

٩٢- اسم "المولى" مشترك يتناول الناصر والأعلى والأسفل ١٢٥٥

٩٣- اسم "الولد" اسم جنس يتناول الكل ١٦٥١

٩٤- اسم "الدار" لا يتناول السكنى ١٧٩٦

٩٥- الإشارة إلى الدراهم بمنزلة التنصيص على الدراهم، فتنصرف إلى الجياد ١٢٣٢

٩٦- الإشارة والتسمّية إذا اجتمعتا في التوكيل، إن كان المشار إليه من جنس المسمّى يتعلق العقد بالمشار إليه، وإن لم يكن من جنسه يتعلق بالمسمّى ١٢٢٠
٩٧- لشتراط الخيار لغير العاقد عندنا، لايفسد العقد، وعنده يفسد، ٧٤٨
٩٨- الاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في الحكم ٦٤٤
٩٩- إشراع الكنيف والجناح، ووضع الحجر في الطريق سبب لضمان ما تلف به، ١٤٧٠
١٠٠- الإشهاد إنما يصح على من له ولا ية التفريغ ١٤٧٣
١٠١- الإشهاد على الحائط إشهاد على بعضه ١٤٧٣
١٠٢- إصابة الشيء بأسباب ممتنع، فإن المصاب بجهة، لايتصوّر إصابته بجهة أخرى، إذ لايتصور أن تكون العين الواحدة في حالة واحدة مملوكة بجهة البيع والهبة. ٦٠٠
١٠٣- أصل التاريخ يرجّح الشراء لكنه يسقط بالقبض ٧٩١
١٠٤- الأصل في تصرّف العاقل هو التنفيذ، وإنما يتوقّف ضرورةَ تعذّر التنفيذ، فإذا أمكن التنفيذ عليه لايتوقف. ٩٤٨
١٠٥- الاصل في الحوادث أنه إذا لم يعلم التاريخ يجعل كأنهما وُجدا معا ٢٩٩-٦٨٦
١٠٦- الأصل في العُلوق أن يحال إلى إلى أقرب الأوقات، وهو ستة أشهر، لأنه متيقن، ولايحال إلى زمان سابق إلا لضرورة ٥٥٧
١٠٧- الأصلي مثل الأصلي، ونقض المثل بالمثل جائز. ٢٠١
١٠٨- الإضافة سبب في الحال، فإذا أقرّ بالسبب، فقد أقرّ بالحكم. ٥١٢
١٠٩- الإضافة في الأحرار بمنزلة الإشارة ٣٣١
١١٠- الإضافة للتعريف، والإشارة كذلك، والإشارة أبلغ ٣٢٣
١١١- الأطراف لها حكم الأموال؛ لأنهما خلقت وقاية للنفس. ٢٠٢٩
١١٢- الإطلاق تفويض وتعميم ١١٩٩
١١٣- الإعانة تكفي للتحريم، ولا تكفي للملك ٢١٤٦
١١٤- الإعتاق ببدل بتوقّف على القبول؛ لأن فيه الزام المال، فيتوقف على قبوله، ٦٠١
١١٥- الإعتاق بغير بدل إسقاط محض يتمّ بالمسقط. ٦٠١

١١٦- الإعتاق في مرض المرت وصية كالتدبير، والوصايا تعتبر من الثلث، ٦٣٫١

١١٧- إعتاق ولد المكاتب لا يوجب ضمانا، ولا سعاية؛ لأن عتق الأولاد من مقاصد المكاتب ٢٩٢٧

١١٨- الإعتاق ووسائله كالتدبير والكتابة تتجزأ عند أبي حنيفة، خلافا لصاحبيه. ٦٤٣

١١٩- اعتبار المعاوضة يوجب تعيين الوسط رعايةً للجانبين، فلايجبر على قبول الرديء، ٦٧٣

١٢٠- إعطاء الكفيل تبرّع، والإنسان لايجبر على التبرّع، ١٣٠٣

١٢١- الأعيان يقابلها البدل، فجهالتها تمنع جواز العقد ٨٩٣

١٢٢- إقالة السلم لاتحتمل الفسخ، لأنها إسقاط للدين، والساقط لايحتمل العود ٩٧٧

١٢٣- الإقالة إنما تكون بالثمن الأوّل لابمال آخر ٩٧٧

١٢٤- الإقالة تبطل بهلاك العوض قبل التسليم، ٩٨٤

١٢٥- إقدام العاقل على التصرف طلب لحكمه المتعلق به، فيكون طلبا للصحّة والجواز ٩٨٦

١٢٦- الإقرار إذا ثبت في ضمن البيع، يبطل إذا بطل البيع، لأنه تَبع للبيع. ٩٨٧

١٢٧- الإقرار إذا صادَف حق المقرّ نفَذ، وإن تعدّى ضررُه إلى الغير، وإن صادف حقَ الغير لاينفذ ١٣١٩

١٢٨- إقرار الإنسان على نفسه حجّة، وعلى غيره ليس بحجة، لأن الإقرار على الغير شهادة، وشهادة الفرد في الأموال لا تقبل، فالإقرار أولى. ١٢٠١

١٢٩- إقرار الإنسان يقتصر عليه، ولا يتعدى إلى غيره إلا ما كان من ضرورات المقر به؛ لقيام ولايته على نفسه، وعدم ولايته على غيره. ١٩٩٨

١٣٠- إقرار العبد الذي لا يدرى عليه دين قبل الاقرار كإقرار المولى. ١٩٣٢

١٣١- إقرار المؤكل بالوكالة إقرار على نفسه ١٢٧٩

١٣٢- إقرار المرأة باطل فيما بينها وبين الزوج في الطلاق والعدة والإيلاء وغير ذلك إذا لم يعلم الزوج ١٣٣٨

١٣٣- إقرار المولى في المرض لا يمنع إقرار العبد بعده، ويجعل إقرار العبد كإقرار المولى ١٩٣٦

١٣٤- إقرار الوارث بالوصيّة إقرار على الميت ١٢٩٣

١٣٥- إقرار الوكيل على موكلّه في مجلس الحكم يلزم الموكلّ عندنا ٩٩٦

١٣٦- الإقرار بالاستيفاء إقرارٌ بالدين لأن قبض عين الدين لايتصور لأنه وصف الذمة وإنما الديون

تقضى بأمثالها لا بأعيانها ١٣٦٥
١٣٧- الإقرار بالتدبير لايبطل بالردّ ١٣٦٢
١٣٨- الإقرار بالحيض إقرار بتقدّم طهر كامل، ٥٢٩
١٣٩- الإقرار بالقتل قول يحتمل الصدق والكذب ١٤٩٨
١٤٠- الإقرار بالنسب إقرار بما ينفع الولد، وقول الصغير معتبر فيما ينفعه. ١٩٩٢
١٤١- الإقرار حجة في حق المقرّ، فيعامَل بإقراره كأن ما أقرّ به حق ١٥١٦
١٤٢- الإقرار حجّة قاصرة لايتعدّى إلى غيره، والبينة حجة متعدّية، لأن البينة تصير حجة بالقضاء، وللقاضي ولاية عامة، فتتعدّى إلى الكل؛ لأن البينة تصير حجة بالقضاء ٦٩٢
١٤٣- الإقرار حجة لايتوقّف على القضاء، وله ولاية على نفسه دون غيره، فيقتصر عليه إذا كان متّهما ٦٩٣
١٤٤- الإقرار علم أنه ليس برجوع. ١٦٩٥
١٤٥- الإقرار على الغير شهادة، وشهادة الفرد في الأموال لا تقبل ١٢٠١
١٤٦- الإقرار للزوج إنما لا يصح لمكان التهمة ١٧٦٧
١٤٧- "الأقرب" اسم فرد فلا يعتبر فيه الجمع ١٦٠٧
١٤٨- إقراض الحيوان فاسد إذا كان قصدا. ١٠٥٠
١٤٩- أقلّ عدد له ثُلث صحيح، ثلاثة. ١٦٢٥
١٥٠- أقل مدة الحمل ستة أشهر، وأكثره ستتان عندنا ٥٤٠
١٥١- أقلّ مدة السفر ثلاثة أيّام ولياليها، وأقلّ مدة الإقامة خمسة عشر يوماً. ١٩٩
١٥٢- أقوى التبعية تبعية الأبوين؛ لأنهما سبب لوجوده، قال عليه السلام: "كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه" ٢١٠٠
١٥٣- إلزام المجهول لايتحقق ١٢٥٣
١٥٤- الامتناع إنما يُتصوّر عمّا يوجد، لا عن الماضي ٣٣٨
١٥٥- الأمر بالبيع لايكون بيعًا ٧٥٢
١٥٦- الأمر بالتصرف في المدفوع ينصرف إلى المعتاد والمعتاد من التصرف في الدراهم الشراء بها

والمعتاد في الأعيان البيع ١١٩٣
١٥٧- الأمر بالطلاق لايكون طلاقا ٧٥٣
١٥٨- الأمر بالمقيّد يجري على تقييده، والمطلق على إطلاقه حتى يقوم دليل التقييد استدلالا
بأوامر الشرع ٩٤٨
١٥٩- الأمر بالنقض لايكون نقضا، كالأمر بالبيع لايكون بيعًا، والأمر بالطلاق لايكون طلاقا، ٧٥٢
١٦٠- "الأمر" لايصلح تفسيرا "للاختيار"، لأنه أشدّ إبهاما منه، والخاص لايفسّر بالعام، ٥٧٣-٥٧٤
١٦١- "الأمر" لايصلح تفسيرا للأمر باليد، وكذا الاختيار للاختيار، لأن الشيء لايفسر بمثله. ٥٦٣
١٦٢- "الأمر" لايصلح تفسيرا، ولاحكما للأمر، ٥٧٣
١٦٣- "الأمر" يُنبِئ عن الملك، والملك لايثبت بالاختيار، بل "الاختيار" يثبت بالملك، ٥٧٤
١٦٤- الإمضاء يعتمد بقاء العقد، ١٩٤٦
١٦٥- الانتساب يكون بالقرابة، والنسب والقريب في لسان العرب واحد، فإن الأنساب والأرحام
والأقرباء سواء ١٦٠٥
١٦٦- انتقاص الموهوب لا يُبطل حق الواهب في الرجوع، لأن النقصان ليس إلا إذهاب البعض،
وحق الواهب كان ثابتا في الكل، فيبطل فيما هلك، ويبقى فيما بقي ١١٦١
١٦٧- الانخلاق أمر باطن لا يمكن الوقوف عليه ١٥٣١
١٦٨- الإنسان لايجبر على التبرّع ١٨٠٣
١٦٩- الإنسان لايُجبر على إنشاء الطلاق ١٦٠٨
١٧٠- الانسان يعدّ من جنس قوم الأب، لا من قوم الأم ١٦٠٨
١٧١- الانسان يقصد الصحة دون الفساد ١٦٠٣
١٧٢- إنما يصار إلى الناقص عند العجز عن الكامل ١٥٦٥
١٧٣- الأهل عند الإطلاق ينصرف إلى المرأة، قال الله تعالى: «لأهله امكثوا» ١٦٠٩
١٧٤- "الأهل" كما يتناول الزوجة يتناول كلّ من يعوله ١٦١٠
١٧٥- أهلية الصبي قاصرة، فلا بدّ للنفاذ من انضمام رأيِ كامل إليه، وهو رأي الولي، أو رأيه
بعد البلوغ ١٩٥٠

١٧٦- الأوصاف لا يقابلها الثمن إذا فاتت بآفة سماوية ١٣٩٢

١٧٧- الأوصاف لايقابلها البدل، فاشتراطها لايمنع جواز العقد ٨٩٣، ٨٩٤

١٧٨- أولاد أهل الذمة يتبعون أباءهم في الدين ٢١٠٣

١٧٩- الإيجاب إذا وقع في مسمّى باسم لايتناول غير ذلك المسمّى ٢٣٩٢

١٨٠- إيجاب البعض لا يكون إيجابا للكل ١٦٤٥

١٨١- الإيجاب للميّت باطل ١٦٤٨

١٨٢- الإيصاء من الميّت لايقبل التخصيص؛ لأنه خلافه، والتوكيل يقبل ١٢٦٩

١٨٣- الإيصاء يثبت بدون العلم. ٧٤٢

١٨٤- إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى، وإيجاب الله تعالى لا يمنع النقل والتحويل، ولا يُبطل الملك ١١٦٢

١٨٥- إيقاع الطلاق في مرَض الموت يلحق بالعدم في حكم الميراث، وتعيين المبهَم فيه بمنزلة الإنشاء. ٥٣٩

١٨٦- إيقاع الطلاق كما يَصحّ في المعيّن، يَصحّ في المنكر، والبيان فيه إنشاء في حق المحل، فيُشترط لصحته قيام المحل ٤٦١

١٨٧- إيقاع الطلاق والعتاق يَصحّ مع الجَهالة، ويرجع في البيان إليه، والبيان إنشاء من وجه، إظهار من وجه، ٥٣٩

١٨٨- إيقاع الطلاق يَصحّ في المجهول، كما يَصحّ في المعلوم، ويرجع في البيان إلى المُجمِل. ٤٧٩

١٨٩- الإيلاء جزاء الظلم؛ وجزاء الظلم لايختلف بالعلم والجهل ١٣٣٨

﴿ ب ﴾

١٩٠- البائع والمشتري لايملكان إبطال حق الشفيع، ويملكان تحويل العهدة ١٠٣٠

١٩١- بدل الصرف مَبيع من وجه، لأن البيع لايخلو عن مبيع وثمن، وليس أحدهما بجعله مبيعا أولى من الآخر، فكان كل واحد منهما مبيعا من وجه، فيجعل في حرمة الاستبدال مبيعا من كل وجه احتياطا ٧٥٦

١٩٢- بدل الكتابة لايسلّم للمولى ما لم يسلّم الكسب للمكاتب، لأن مقتضى الكتابة سلامة الكسب للعبد، فتتعلّق سلامة البدل به، كما تتعلق سلامة الثمن بسلامة المبيع ٦٤٤

١٩٣- البدل لا بدل له ١٦٠
١٩٤- البدل يقوم مقام المبدل ١٣٧٥
١٩٥- براء المحتال عليه إسقاط لأصل الدين، فيبرأ المحيل بالحوالة، والمحتال عليه بالإبراء ١٨٢٨
١٩٦- براءة الأصيل توجب براءة الكفيل ١٨٣١
١٩٧- براءة الأصيل لا تنافي بقاء الكفالة ١٨٠١
١٩٨- براءة الكفيل بالحوالة لا توجب براءة الأصيل ١٨٩٥
١٩٩- البراءة عن عيب واحد إقرار بذلك العيب؛ لأن البراءة تقتضي قيام الحق، ولا حقّ عند عدم العيب، كما أن نفي العيوب كلها لايكون إقرارا بالسلامة عن جميع العيوب. ٩٠٢
٢٠٠- البضع حالة الدخول في ملك الزوج متقوم، وحالة الخروج عن ملكه غير متقوم ١٢٤٠
٢٠١- بطلان محل الحق موجب بطلان الحق، إلا إذا فات إلى خلف؛ لأن البدل يقوم مقام المبدل، فيتحوّل الحق إليه. ١٣٧٥
٢٠٢- بعد بيان الجنس لا تبقى إلا جهالة يسيرة ١١٨٧
٢٠٣- بقاء اسم الشيئ يدلّ على بقاء ذلك الشيئ، وزوال الاسم يدل على زواله؛ لأن الأسَامي جُعلت أعلاما على المسمّيات، فزوال الاسم يدل على زوال المسمّى ٣١٧
٢٠٤- بقاء الدين في ذمة المحيل، لم يثبت بدليل قطعي، بل بدليل محتمل، وهو الاجتهاد، فوقع الشك فيه، فلا يصح بالشك، ولا يبطل بالشك. ١٨٠٦
٢٠٥- بقاء الدين من غير محل الدين لا يتصور ١٨٠١
٢٠٦- بقاء السبب ليس بشرط لبقاء الحكم ٧٠٨
٢٠٧- البقاء يكون على وفق الثبوت ١٧٩٨
٢٠٨- البيان إنشاء من وجه، إظهار من وجه ٤٣٤
٢٠٩- البيان في الطلاق المبهَم، والعتاق المبهَم، إنشاء من وجه، إظهار من وجه ٤٣٤
٢١٠- البيان لايصحّ بعد فوات المحل ٤٦٢
٢١١- بيع الفاسد لا يتوقف على التصريح بالإذن ١١٥٠
٢١٢- بيع المريض من وارثه وصية عند أبي حنيفة، وعندهما إن لم يكن فيه محاباة لايعتبر وصية ١٣٦٥

٢١٣- بيع المسلم فيه وبيع العَين المنقول قبل القبض حرام، فبيع الدين أولى لأن العَين تَقبل من التصرفات ما لايقبله الدين ٧٥٦

٢١٤- البيع تمليك المال بعوض بالتراضي ١٠٣٠

٢١٥- البيع لا يقبل التعليق والإضافة ١٦٥٩

٢١٦- بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك وإنما ينكر وصف العقد، وهو اللزوم بعد الإقرار به ٧٠٣

٢١٧- البيع معاوضة المال بالمال ١٨٥١

٢١٨- البيع يتناول الذات، ولايتناول الأوصاف والأطراف، لأن الأطراف تَبع ليست بمحلّ للبيع، ولهذا لايجوز إفرادها بالبيع، فلا يقابلها شيء من الثمن ما لم تصر مقصودة بالاستهلاك ١٠٧٩

٢١٩- البيع يعطى له حكم أصله، لاحكم نفسه. ١٠٣٦

٢٢٠- البيع يفيد نقل ملك الرقبة قبل القبض، فيفيد ملك اليد ١١٥٣

٢٢١- البينة أقوي من الإقرار، ١٢٩٣

٢٢٢- البينة أقوى من الظاهر ٢٠١٧

٢٢٣- البينة القائمة لا عن خَصم مردودة. ٦٩٦

٢٢٤- البينة تصير حجة بالقضاء ٦٩٢

٢٢٥- البينة حجة متعدية ٦٩٢- ٢٧٢١

٢٢٦- البينة حجّة يجب العمل بها ما أمكن، وإذا تعارضتا وترجّحت إحداهما، يقضى لصاحبها ٧٨٠

٢٢٧- البينة على المال لاتقبل إلا من الخصم. ١٢٧٨

٢٢٨- البينة على النِتاج لاتعارضها البينة على الملك المطلق، لأن النتاج أكثر إثباتا في أوّليّة الملك ٦٨٠

٢٢٩- البينة على حقوق العباد لاتقبل إلاّ من خَصم حاضرٍ على خصم حاضر. ١٣١٢

٢٣٠- البينة لاتقبل إلا بعد الدعوى ١٢٧٢

(ت)

٢٣١- تأجيل الأصيل تأجيل الكفيل، وتأجيل الكفيل لا يكون تأجيلا للأصيل. ١٨٨٥

٢٣٢- تأجيل الكفيل لا يوجب تأجيل الأصيل ١٨٨٥ ١٨٨٧

٢٣٣- التأخير في الحكم لا يوجب الترتيب في الإيجاب ١٦٧٢

٢٣٤- تبرع المريض وصية ٩٧١

٢٣٥- التبرّع النافذ يحتمل الرجوع فالمضاف أولى ١٦٥٦

٢٣٦- التبع لايخالف الأصل ٨١٢

٢٣٧- التبع لايزاحم الأصل، لانعدام المساواة بينهما ١٠٩٢

٢٣٨- تبنى الأحكام على ما يظهرون لا على ما يضمرون ١٥٥٤

٢٣٩- تَجتمع أسباب المنع على شيء واحد ٦٠٠

٢٤٠- تحريم الحلال إتلاف معنى. ٢١٢٢

٢٤١- تحصيل المجهول لا يمكن ١١٨١

٢٤٢- التخصيص يمنع التعميم، أما المطلق فليس فيه ما يوجب التخصيص، فيكون للتعميم ١١٩٩

٢٤٣- التخلية قبض في الهبة الصحيحة. ١١٥٥

٢٤٤- ترك الحقيقة بالعرف جائز، لأن مقصود المتكلم الإفهام، فينصرف إلى ما يتسارع
أفهام الناس إليه ١٥٩٧

٢٤٥- ترك السجود أهون من الصلاة مع الحدث، ٢٣٧

٢٤٦- تركُ بعض ما يؤدي إلى التلف بعد ما تمكّن من النقض، يوجب الضمان. ١٤٨٠

٢٤٧- التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميّت ٨٣٨- ١٤٥٦

٢٤٨- التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت، حتى تقضى منه ديونه، وتنفذ منه وصاياه ١٦٦٢

٢٤٩- التسبيب بصفة التعدي ملحق بالمباشرة في إيجاب الضمان عليه، كما في حافر البئر ١٤٩٧

٢٥٠- تسليم الجزء الفائت ممتنع، فيفسخ العقد ٨٦٦

٢٥١- التسمية للتعريف، والإشارة كذلك، وكل واحد منهما تفيد غير ما أفادته الأخرى ٨٩١

٢٥٢- التسوية بين العورة الغليظة والخفيفة فى اعتبار الربع ٢٤٧

٢٥٣- تصحيح العقد واجب ما أمكن ١٨٦٤

٢٥٤- التصرف إذا اشتمل على معنيَين يجب اعتبارهما ما أمكن، فإن تعذّر اعتبار أحدهما اعتبر الآخر ٦٥٢

٢٥٥- تصرف الأب لنفسه مباح، وللصغير فرض، لأنه من باب النظر، ٧٤١

٢٥٦- تصرف الانسان في خالص حقه لا يتوقف على إجازة الغير، ١٥٦٧

٢٥٧- تصرف المأذون إذا لم يكن عليه دين كتصرف المولى بنفسه، وإن كان عليه دين لا يكون تصرفه كتصرف المولى ١٩٣١
٢٥٨- تصرف المأمور إذا خالف أمر الآمر لاينفذ، لأن النفاذ بحكم الأمر، وفيما خالف لم يوجد الأمر، فلاينفذ، إلا إذا كان خلافا إلى خير في الجنس، ٧٤٥
٢٥٩- تصرفات المريض فيما يحتمل النقض بعد النفاذ تنفذ في الحال؛ لأن الملك قائم ١٩١١
٢٦٠- تعتبر "الأهلية" وقت الرمي لا وقت الإصابة، كما تعتبر التسمية وقت الرمي؛ لأن الذكاة فعل الذابح، وفعله الرمي، فتعتبر الأهلية وقت الرمي، ٢١٢٠
٢٦١- تعلق حق الله تعالى بالمال لا يمنع النقل والتحويل ١١٥٨
٢٦٢- التعليق لايقبل الفسخ، وينفرد به المولى
٢٦٣- التعليق ليس بسبب عندنا، وإنما يصير سببا عند الشرط، فإذا أنكر الشرط فقد أنكر السبب. ٥١٢
٢٦٤- تعيين الإمام من المقتدى، شرط جواز الصلاة بالجماعة، ٢٠٨
٢٦٥- تغيّر السلعة عند المشتري يمنع التحالف عندهما إلا أن يرضى البائع بذلك وعند محمد الهلاك لايمنع التحالف فالتغيّر أولى. ٨٥٩
٢٦٦- التفاوت اليسير لايفضي إلى المنازعة ١٢٣٨
٢٦٧- التفاوت بين الرطب والتمر يسير ١٦٦١
٢٦٨- التفاوت بين العنب والزبيب فاحش ١٦٦٠
٢٦٩- التفاوت في النوع الواحد يسير لايخلّ بالمقصود ١١٨٣
٢٧٠- التفريق بين ذوي الرحم المحرَم، إذا كانا صغيرين، أو أحدهما صغيرا مكروه، ولايكره التفريق بين الكبيرين ٧٧٣
٢٧١- تقييد المطلق كما يجوز بدلالة اللفظ، يجوز بدلالة الحال والعرف ١١٨٤
٢٧٢- تقييد الحوالة والكفالة بالمال يوجب الشغل، ولايزيل عن ملكه ١٨٩٥
٢٧٣- تكذيب الشاهد في بعض ما شهد به يُبطل شهادته فيما بقي، لأن التكذيب تفسيق، وشهادة الفاسق مردودة، وإقراره صحيح. ١٤٨٩
٢٧٤- تكذيب المقرّ في بعض ما أقرّ لا يُبطل إقرارَه بما بقي، ١٤٨٩

٢٧٥- التكرار لايزيل الإبهام، ٥٦٦
٢٧٦- تكميل الكتابة والعتق وجب احتياطا لحق الله تعالى ١٩٦٤
٢٧٧- التمسّك بالحقيقة واجب ما أمكن، ٩٢٦
٢٧٨- التمسّك بالظاهر يصلح للدفع، لاللإيجاب، ٥١٩
٢٧٩- التمليك إذن بالتملّك كما أن الإيجاب إذن بالقبول ١١٥٠
٢٨٠- التمليك من المعلوم يصح، ومن المجهول لا، لأنها لا تتم بدون القبول، والقبول من المجهول لا يتصور ١٥٥٢
٢٨١- التناقض يرتفع بتصديق الخصم، ٧٠١
٢٨٢- التناقض يمنع صحّة الدعوى، لأن كلّ واحد من الكلّامين ينقض الآخر، ٩٥٩
٢٨٣- التناقض يمنع صحّة الدعوى، وسعي الإنسان في نقض ما تمّ به بمنزلة التناقض ٩٨٧
٢٨٤- التّوكيل إثبات الإطلاق للوكيل، والعزل إبطال ما ثبت له، فيتوقّف على العلم ٤٧٣
٢٨٥- التوكيل لايتعلق بالمشار إليه إلا بعلوم أربعة: علمهما بالدراهم، وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه. ١٢٢٩
٢٨٦- التوكيل ليس بإنابة، بل هو أمر بالخصومة، والخصومة لاتكون إلا في مجلس القضاء ١٢٦٩

«ث»

٢٨٧- الثابت بالإيجاب يكون فوق الثابت تبعا، والأدنى لا يزاحم الأقوى ٢٦٥٥
٢٨٨- الثابت بالبينة فوق الثابت بالإقرار ١٢٩٥
٢٨٩- الثابت بالبينة كالثابت عيانا ٩٩٤
٢٩٠- الثابت باستصحاب الحال لايصلح حجةً لأمر لم يكن. ١٠٦٢
٢٩١- الثابت بالشهادة فوق الثابت بالإقرار ١٢٩٥
٢٩٢- الثابت بتصادقهما في حقهما كالثابت عَيانا. ٢٨٦
٢٩٣- الثابت بحكم الظاهر يجوز إبطاله بدليل أقوى منه. ١٩٩٨
٢٩٤- الثابت لايبطل بالشك، وغير الثابت لايثبت بالشك. ١٧١١
٢٩٥- الثابت علي نفسه بالإقرار كاثابت بالمعاينة أوبالبينة ٤٢٣١

٢٩٦- ثبوت اليد على ما ذمة الغير لايتصور ١٨١٩
٢٩٧- الثمر الحادث مبيع تبعا ١٠٣٩
٢٩٨- الثمر نقلي، ولا شفعة في النقلي ١٠٣٩
٢٩٩- الثمن مايستحقه البائع بحكم البيع، ٧٥٨

«ج»

٣٠٠- الجار المطلق من تكون له الشفعة ١٦١٥
٣٠١- الجاني لايستحق النظر ١٠٤٦
٣٠٢- الجحود في غير مجلس القاضي غير معتبر ١٢١٥
٣٠٣- جعل المسلم دارَه مسجدا جائز لازم إذاتمّ شرطه ١٥٤٣
٣٠٤- الجمع إذا قوبل بالجمع، كان كلّ واحد من آحاد هذا الجمع، مقابلاً بكل واحد من آحاد ذلك الجمع. ٥٨٥
٣٠٥- الجمع الناقص ملحق بالكامل في الميراث ١٥٩٨
٣٠٦- الجمع بين البدل والمبدل محال. ١٥٣
٣٠٧- الجمع بين البدل وما ينافيه ممتنع، فلابدّ من إلغاء أحدهما، وإلغاء الوصف المنافي للبدل أولى ٤٥٣
٣٠٨- الجمع بين الغسل والمسح على الخفّ لايجوز ، لأن المسح بدل الغسل ٤٥٣
٣٠٩- الجمع في الخبر في اتحاد الكلام، بمنزلة الجمع في المبتدأ والخبر ٦٤٠
٣١٠- الجمع مأخوذ من الاجتماع، والاجتماع يحصل بالإثنين ١٥٩٨
٣١١- جميع الأعضاء فى حكم الانكشاف كعضو واحد ٢٤٧
٣١٢- الجنابة أغلظ من الحدث، لأنها تمنع قراءة القرآن، والحدثُ لا. ١٦٩
٣١٣- الجَنابة كما لاتتجزّى ثبوتاً، لاتتجزّى زوالاً. ١٦٩
٣١٤- الجنايات إذا لم يتخلّل بينهن بُرء، كانت جناية واحدة، وإن تخلّل بينهن برء يعتبر كل جناية على حدة ١٤٣٣
٣١٥- جنايات أم الولد، أو المدبر، وإن كثرت لا توجب إلا قيمة واحدة ٢٠٤٦
٣١٦- جناية الأمانة على الأمانة هدر، ١١٣٦

٣١٧- جناية الأمانة على المضمون معتبرة ١١٣٦

٣١٨- جناية المضمون علي الأمانة هدر، ١١٣٦

٣١٩- جناية المضمون على المضمون هدر، ١١٣٦

٣٢٠- جناية المملوك على مولاه يعتبر إن كان موجبا للقصاص، وإلا فلا. ١٤٣٤

٣٢١- الجنس إذا ذكر بلفظ الجمع لا يعتبر فيه الجمع ١٥٩٩

٣٢٢- جهالة البدل في فساد العقد فوق الشرط الفاسد، لأن البدل ركن في البيع، والشرط عارض ٩١٩

٣٢٣- جهالة الجنس فاحشة تفضي إلى المنازعة في العقود كلها؛ لأن الجنس إذا اختلف يختلف المقصود؛ وفوات المقصود يفضي إلى المنازعة. ١٢٣٧

٣٢٤- الجهالة الحادثة بعد العقد لا تمنع البقاء، لتعذّر الاحتراز عنها. ١١٣٦

٣٢٥- جهالة المبيع أو الثمن تمنع جواز العقد؛ لمكان الإفضاء إلي المنازعة ٩٩٩

٣٢٦- جهالة المحل لا تمنع الطلاق والعتاق، ويرجع إلى المبهِم في البيان، ٥٩٩

٣٢٧- جهالة المشهود به تمنع القضاء ١٢٥٤

٣٢٨- جهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة ؛ لأن المقصود من الشهادة القضاء، وأنه إلزام، والزام المجهول لا يتحقق. ١٢٥٣

٣٢٩- جهالة المقضي عليه تمنع صحة القضاء ١٠٢٩

٣٣٠- جهالة الموصى له تمنع صحة الوصية لأنها تمليك فلا يتمّ بدون القبول، والقبول من المجهول ممتنع ١٦٤٦

٣٣١- جهالة النوع والصفة تمنع في معاوضة المال بالمال، ولا تمنع في غيرها؛ لأن الجهالة لا تمنع الصحة لعينها، بل للإفضاء إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلمّ. ١٢٣٧

٣٣٢- جهالة النوع والصفة في الجنس الواحد لا تُفضي إلى المنازعة على كل حال؛ لأن في الجنس الواحد يحصل أصل الغرض، وإنما يفوت كماله، فكانت هذه جهالة يسيرة، ١٨٢٥

٣٣٣- الجهالة اليسيرة تتحمل في الكفالة ١٨٢٥

٣٣٤- جهالة جنس البدل تمنع صحة التسمية في العقود كلها، ١٢٣٧

٣٣٥- الجهالة في الابتداء تمنع الانعقاد لوصف الصحّة

٣٣٦- الجهالة لا تمنع صحة الإبراء. ١٤١٢
٣٣٧- الجهالة لاتمنع صحّة الإسقاط، وإنما لايصحّ مع الجهالة ما تتوجه فيه المطالبة بالتسليم، لأن ذلك يفضي إلى المنازعة ٩٠٦
٣٣٨- الجهالة اليسيرة: وهي جهالة النوع والصفة لا تمنع التوكيل سمّى الثمن أو لم يسمّ ١١٨٢

« ح »

٣٣٩- الحادث يحال بحدوثه إلى أقرب الأوقات
٣٤٠- الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات ٥٤٥-٥٥٧
٣٤١- الحال لايصلح حجة للاستحقاق ٣٠٥
٣٤٢- الحالف لايجبر على تحصيل الشرط، ٦٥٤
٣٤٣- الحج عن الغير لايجوز إلا عند العجز ٦٦٠
٣٤٤- حَجّة الإسلام واجب، لا يجوز فيه النيابة إلا عند العجز. ١٥٦٠
٣٤٥- الحجر بسبب الدين والإفلاس يتوقّف على قضاء القاضي. ١٣٣٠
٣٤٦- الحَجر على الحرّ باطل عند أبي حنيفة إلاّ على ثلاثة: المفتي الجاهل الماجن، والطبيب الجاهل، والمكاري المفلس ١٣٢٠-١٣٢٨
٣٤٧- الحد يحتاط في دَرئه ٤١٣
٣٤٨- حدوث العيب في يد البائع إنما يوجب له الخيار إذا فات به شيئ لم يرض به المشتري، والتزم البائع تسليمه ٨٠٠
٣٤٩- حدوث العيب لايمنع التحالف ٨٧٠
٣٥٠- حرف الباء للإلصاق، يقال: "كتبت بالقلم"، "وضربت بالسيف" ٤٢٦
٣٥١- حرف اللام للتعليل، قال عليه السلام: «صوموا لرؤيته وأفطِروا لرؤيته» ٤٢٧
٣٥٢- حروف الصّلات يقام بعضها مقام البعض ٥٧٠
٣٥٣- حفظ الثمن أيسر من حفظ العين ١٥٣٣
٣٥٤- حفظ الثمن عسى يكون أيسر ١٩٤٠
٣٥٥- الحفظ من حقوق الميت حتى لو ظهر دَين يقضى من التركة ١٥٣٢

٣٥٦- حق التملك، وهو الملك من وجه يمنع ابتداء النكاح، ولايمنع البقاء فلا ينعقد بالشك، وإذا طرأ وقَع الشك في الارتفاع، فلا يرتفع بالشك ٢٠٠٥

٣٥٧- حق الشفيع لايبطل بالفسوخ، ولا يتجدّد به إلا إذا كان بيعا في حق الشفيع. ١٠٣٠

٣٥٨- الحق المتأكد ينزل منزلة الملك في حق الأحكام ٢١١٣

٣٥٩- حق المرتهن حق متأكد ٢٠٧٥

٣٦٠- حق المطالبة بتسليم الدين ما وجب بعقد الرهن، بل كان ثابتا قبل الرهن ١١٣٠

٣٦١- الحق المعلوم أقوى من الموهوم، فيبدأ بالأقوى ١٦٧٥

٣٦٢- حق الملك لا يضمن بالإتلاف، ويدرء الحد والقصاص، مبنى الضمان على المماثلة، ٢٠٧٣

٣٦٣- حق الملك يلحق بحقيقة الملك في دعوى النسب احتياطا لأمر النسب. ١٩٥٣

٣٦٤- حقّ الملك يمنع ابتداء النكاح، ولايمنع البقاء لأن المفسِد هو الملك والحق هو الملك من وجه ٤١٩

٣٦٥- حق الورثة في معاني التركة لا في أعيانها ولهذا لو باع المريض جميع ماله بمثل القيمة نفذ بيعه ١٥٦٧

٣٦٦- حق صاحب الدين أقوى لأنه لايسقط بعذر، ولايبطل بالموت، وحق المستأجر يبطل، فيتحمّل الأدنى لدفع الأعلى ١٣٢١

٣٦٧- الحق لايثبت بمجرّد الدعوى ١٣٠٤

٣٦٨- الحق يختلف باختلاف السبب. ١٥١٦

٣٦٩- حقائق الأسماء تعرف من أهل اللغة، وقول "محمد" فيه حجة؛ لأنه كان إماما في اللغة، ١٥٩٦

٣٧٠- الحقّان متى ثبتا على الشيوع في وقت واحد كانت القسمة عولية، وإن ثبتا على وجه التمييز، أو في وقتين مختلفين كانت القسمة نزاعية. ١٤٤٦

٣٧١- حقوق العقد ترجع إلى العاقد عندنا إذا كان من أهل الحقوق. ١٩١٧

٣٧٢- حقوق العقد ترجع إلى العاقد ٧٣٦- ٩٣٤

٣٧٣- حقوق الكل تثبت في الميراث على وجه الشيوع في وقت واحد ١٤٤٧

٣٧٤- الحقوق المتأكدة ملحقة بالملك، فكان مضمونا بالإتلاف. ٢٠٧٥

٣٧٥- الحقوق المتعلقة بالعيَن تتعدّى إلى ما يتولّد منه، وإلى ما يكون بدلا عن أجزائه ١٥٨٨

٣٧٦- الحقوق متى وجبت في الذمة، فقد استوت في القوة ١٤٤٩

٣٧٧- حُكم الحكَم إذا خالف حكم الشرع لا ينفذ، كحكم القاضي. ٢٠٥٩
٣٧٨- حكم الحوالة براءة المحيل عن الدين. ١٨١٧
٣٧٩- حكم الخلف حكم الأصل ١٤٣٨
٣٨٠- حكم الشرع يظهر في حق الكل ١٣٧٤
٣٨١- حكم العقد إذا ثبت في عين يثبت فيما يتولد منه، وفيما كان من أجزائه تبعا ١٥٨٩
٣٨٢- حكم القاضي حجّة في حقّ الكلّ، وعلمه حجّة في حقّ نفسه دون غيره ١٢٧٢
٣٨٣- الحكم في الغنائم قبل القسمة مفوض إلى الإمام، وبعد القسمة ينقطع رأيه ٢٠٢٤
٣٨٤- الحكم يضاف إلى الحجّة ثبوتا وامتناعا ١٤٢٢
٣٨٥- الحكمة لايراعى وجودها في كل فصل ٣٤٠
٣٨٦- حمل الكلام على الإفادة واجب ما أمكن، ٦٢٢
٣٨٧- الحوادث إذا لم يعلم التاريخ يجعل كأنهما وقعامعا ٢٢٩-٦٢٦-٦٨٦
٣٨٨- الحوالة المطلقة تتضمن أمرا جائزا وهو التبرع بالذمة لإلتزام دين المحيل، ١٨١٧
٣٨٩- الحوالة توجب براءة المحيل بشرط السلامة ١٧٩٨
٣٩٠- الحوالة لا توجب براءة المحيل عند زفر والقاسم بن معن ١٨١٨
٣٩١- الحوالة مأخوذة من النقل والتحويل، فتوجب نقل الدين ١٨٤٧
٣٩٢- الحوالة نقل الدين إلى ذمة المحتال عليه، ١٨٢٨
٣٩٣- الحياة شرط صحة الإيجاب، فيراعى وجودها وقت الإيجاب ١٦٥٢
٣٩٤- الحيوان بمضيّ الزمان لا يصير جنسا آخر ١٦٥٩
٣٩٥- الحيوان لايجب ديناً في الذمّة بدلاً عن ماهو مال ١٢٤٥

«خ»

٣٩٦- الخاص لايفسّر بالعام ٥٧٤
٣٩٧- الخبر يقتضي سبق المخبَر به، ٦١٣
٣٩٨- «الخراج بالضمان» ٨١٥- ١٩٢٠
٣٩٩- الخراج هو الغلّة، ٨١٦

٤٠٠- الخصومة لاتكون إلا في مجلس القضاء ١٢٦٩
٤٠١- الخُلع بمنزلة اليمين في جانب الزوج؛ لأن المطلوب في الخلع، من جانبه الطلاق ٤٦٩
٤٠٢- الخلع طلاق بائن، والبائن لايلحق البائن ٤٥٥
٤٠٣- الخُلع معاوَضة من جانب المرأة؛ لأن المطلوب في الخلع من جانبها المال ٤٧٠
٤٠٤- الخيار الثابت بفوات الشرط بمنزلة خيار العيب ٨٩٧
٤٠٥- خيار الشرط يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ١٠٠٠
٤٠٦- الخيار حق من حقوق العقد، فلاينافيه حجر العاقد كسائر الحقوق ٩٥٧

« د »

٤٠٧- دار الإسلام تمنع الأسر والإستيلاء على من كان فيها ٢٠١٢
٤٠٨- دار الحرب دار إباحة وأسر، فكل من كان فيها يكون محلا للأسر والاسترقاق بحكم الظاهر ٢٠١٦
٤٠٩- "دارالإسلام" تصير "دار حرب" بإجراء أحكام الكفر فى قول أبى يوسف ومحمد،
وعند أبي حنيفة بشرائط ثلاثة: إجراء أحكام الكفر، وأن تكون متاخمة بدار الحرب،
وأن لا يبقى فيها مؤمن آمن بالإيمان، ولا ذمي آمن بالأمان الأول، وهو الذمة ٢٠٢٢
٤١٠- الدراهم المجهولة لاتصلح بدلاً، لأنه لانهاية لما يتناوله هذا الاسم، ٦٧٦
٤١١- الدراهم والدنانير بمنزلة العقار، لا يذهب بأصلها، ولا يأكلها التراب. ١٩٤٠
٤١٢- الدعاوَى إذا اجتمعت من واحد على واحد، يكتفى بيمين واحدة ٨٦٤
٤١٣- دعوة الاستيلاد مع دعوة التحرير إذا اجتمعتا، تترجّح دعوة الاستيلاد. ١٢٩٧
٤١٤- دِعوة النسب كما تصحّ في الملك الكامل، تصحّ في الملك الناقص ١٢٩٧
٤١٥- دعوة الولد فيما له حق التملك يوجب ثبات النسب وحرية الولد، كدعوة الولد في الملك ١٩٨١
٤١٦- دعوى المتناقض باطلة فيما يحتمل الانتقاض، لأن أحد الكلامين ينقض الآخر فلاتصح دعواه،
حتى لو كان أمرا لايحتمل الانتقاض كالنسب والحرية والطلاق ونحو ذلك، تسمع دعواه ٦٩٥
٤١٧- الدعوى لاتسمع إلا من الخصم، ومن لايدّعي لنفسه حقا، لايكون خصمًا. ٨٦٣
٤١٨- دفع الضرر عن الورثة واجب ٩٨٢
٤١٩- دفع الغرور عن الوكيل واجب كيلا يمتنع الناس عن قبول الوكالة ولهذا لايصح عزله

بدون علمه قصدا ١٢٢١

٤٢٠- دليل الحلّ مع دليل الحرمة إذا اجتمعا، تغلب الحرمة احتياطا ٢١٢١

٤٢١- الدوام على ما يستدام بمنزلة الإنشاء ١٤٨٢

٤٢٢- الدية وكلّ جزء منها إذا وجبَت على العاقلة، أو في مال القاتل تجب في ثلاث سنين ١٤٢٠

٤٢٣- الدين إذا لم يكن مستغرقا، وقضى من التركة، قسم الباقي على ما كان قبل القضاء ١٩٠٣

٤٢٤- دَين الصرف والسلم يستوفي، لأن فائدة الوجوب الاستيفاء، ولا يوفي به دَين آخر، لأن إيفاء دين آخر به استبدال ٧٥٦

٤٢٥- دين العبد أقوى؛ لأنه ثبت بالتزامه ومباشرته، ودين المولى يلزمه بطريق التحمّل ١٩٠٢

٤٢٦- دين العبد لا يمنع الإرث فيه، قلّ الدين أو كثر، ١٩٠١

٤٢٧- دين العبد ودين المولى لو اجتمعا يقدّم دين العبد في القضاء ١٩٠٢

٤٢٨- دين الوارث لايقضى من تركة الميت ١٣٦٧

٤٢٩- الدين لايتعلق بمال المديون في صحتّه ١٣٢٥

٤٣٠- الدَّين ليس بمال لايدخل في القسمة، ولايعدّ من التركة في الحال، وإنما يعتبر مالاً عند الخروج ٩٧٠

٤٣١- الدين والجناية والنكاح عيب، حتى كان للمشتري أن يردّ بهذه الأشياء ١٩٠٨

٤٣٢- الدين يثبت بالتبعيّة، وأقوى التبعية تبعية الأبوين؛ لأنهما سبب لوجوده. ٢١٠٠

٤٣٣- الدّين يقضي من أيسَر المالين قضاءً ١٢٩٣

٤٣٤- الدّيون إذا اجتمعت، وضاق المحل عن الوفاء بها، يبدأ بالأقوى فالأقوى؛ لأن الأدنى لايُزاحم الأقوى ٤١٩

٤٣٥- الديون تقضى بأمثالها ١٨٤٩

٤٣٦- الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها ١٣٦٥-١٥٣٦

« ذ »

٤٣٧- الذمة خلف عن الإسلام ٢٠٤٣

٤٣٨- الذمّي في حق المعاملات بمنزلة المسلم ١٥٥١

« ر »

٤٣٩- الربا: "فضل مال خال عن العوض المشروط في عقد المعاوضة" ١٠٤٠

٤٤٠- الربا يختص بالمعاوضة ٢٠٩٦

٤٤١- الربح تَبع لرأس المال ١٢٥١

٤٤٢- الرُبع له حكم الكل ٢٤٥

٤٤٣- الرّجعة استدامة النكاح، وحق الملك لايمنع الاستدامة ٤٢٠

٤٤٤- الرجوع بالنقصان بدل عن الردّ بالعيب، حتى لايرجع بالنقصان إلاّ عند العجز عن الردّ. ٩٣٣

٤٤٥- الرجوع بطريق الدلالة أن يتصرّف في الوصية تصرفا يدل ذلك على الاعداد لحاجته. ١٦٥٧

٤٤٦- الرجوع عن الوصية صحيح، لأنها تبرّع مضاف إلى ما بعد الموت، والتبرّع النافذ يحتمل الرجوع فالمضاف أولى ١٦٥٦

٤٤٧- الرجوع كما يكون بالصريح، يكون بطريق الضرورة، وبطريق الدلالة. ١٦٥٦

٤٤٨- الردّ بالعيب من حقوق العقد، وحقوق العقد ترجعَ إلى العاقد. ٩٣٢

٤٤٩- الرضى بتمليك الأدنى لا يكون رضى بتمليك الأعلى ١٦٥٨

٤٥٠- الرهن لايبطل بالشروط الفاسدة؛ لأنه تبرع بمنزلة الهبة ١١٣٥

٤٥١- الرهن يشبه المبيع؛ لأنه محبوس بالدين عوض عنه من وجه، ١١٢١

« ز »

٤٥٢- زوال العيب قبل القبض أو بعده يُبطِل الردّ، لوصول حقه إليه بصفة السلامة. ٧٩٩

٤٥٣- زوال العيب يمنع الرجوع في الهبة ١٩٠٨

٤٥٤- زوال المغصوب عن ملك المالك عند أداء الضمان، يستند إلى وقت الغصب في حق المالك والغاصب، وفي حقّ غيرهما يقتصر على التضمين، إلا إذا تعلّق باالاستناد حكم شرعيّ يمنعنا من أن نجعلَ الزوالَ مقصورا على الحال، فحينئذ يستند في حقّ الكلّ، ١٣٧٤

٤٥٥- الزيادة الحادثة قبل القبض، لاقسط لها من الثمن ٧٩٩

٤٥٦- الزيادة الحكميّة، كالولد ونحوه، لاتعتبر مزيداً عليه حال قيام الأصل، وتعتبر بعد هلاكه ٧٦٢

٤٥٧- الزيادة في البيع تصحّ حال قيام المعقود عليه، ولاتصح بعد هلاكه في ظاهر الرواية، لأن الزيادة تغيير للعقد، فيقتضي قيام العقد، وقيام العقد بقيام المعقود عليه. ٧٦٢

٤٥٨- الزيادة في الرهن إذا صادفت مزيدا عليه، جازت استحساناً ١٠٥٦
٤٥٩- الزيادة في الرهن تصحّ إذا صادفت مزيدا عليه والولد لا يصلح مزيدا عليه حال قيام الأصل ١٠٧٨
٤٦٠- الزيادة متى صحت، ينقسم الثمن عليها وعلى الأصل على اعتبار القيمة، فتعبر قيمة الأصل يوم العقد، وقيمة الزيادة يوم الزيادة، ٧٦٣

« س »

٤٦١- الساقط لا يحتمل العود ١٨٤٦-١٩١٠
٤٦٢- الساقط يتلاشى فلا يتصور عوده ١٨٢٧-١٩٠٩
٤٦٣- السائب من لا وارث له ١٧٤٨
٤٦٤- سبب وجوب الضمان التعدي، فلا يجب بدون صنعه. ١٩٥٣
٤٦٥- سبق التاريخ أحقّ من القبض ٧٩١
٤٦٦- السبى والسبية إذا أقرا بالنكاح صح إقرارهما؛ لأن أنكحة الكفار صحيحة، ٢٠٩٩
٤٦٧- سعي الإنسان في نقض ما تمّ به بمنزلة التناقض ٩٥٩-٩٨٧
٤٦٨- سعي الإنسان في نقض ما تمّ به مردود إلا إذا وافقه الخصم ١٢٠١
٤٦٩- سقوط تسليم الرهن لا يوجب سقوط الدين، لأنه ليس بعوض من كل وجه. ١١٢٨
٤٧٠- سلامة الثمن تتعلق بسلامة المبيع ٦٤٤
٤٧١- سلامة الثمن للبائع حكم بسلامة المبيع للمشترى، لأن البيع عقد معاوضة، فيقتضي سلامة بإزاء سلامة، وتسليما بإزاء تسليم ٧٨١
٤٧٢- سلامة المبيع للمشتري توجب سلامة الثمن للبائع ٦٧٨
٤٧٣- سلامة المبيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن، ٧٠٢
٤٧٤- سلامة النفس بعد الهلاك محال، بخلاف الطرف حال بقاء النفس. ١٥١٠
٤٧٥- السيماء من أسباب المعرفة ٢٠١٧

« ش »

٤٧٦- شبهة الشبهة لا تعتبر ٥٤٨
٤٧٧- الشبهة تكفي لدرء القتل، ولا تكفي لدفع الرق، كما في حق النساء والصبيان ٢٠٦٦

٤٧٨- الشبهة لاتمنع وجوب الضمان ٢٠٧٩

٤٧٩- شراء الدراهم و الدنانير، لايسمى شراء الذهب والفضة في العُرف، و بائع هذه الأشياء لايسمى بائع الذهب والفضة في العرف، بل يُسمى صَيْرَفيًا، فكذلك المشتري؛ لأن البيع يقوم بهما ٣١٠

٤٨٠- شراء الفضولي لايتوقف لإمكان التنفيذ عليه. ٧٤٦

٤٨١- شراء ما باع، أو بيع له بأقلّ ممّا باع قبل استيفاء الثمن الأول فاسد عندنا استحسانا ٨٣٩

٤٨٢- الشراء يتأكّد بالقبض، والقضاء بالمتأكّد أولى، ٧٨٥

٤٨٣- "الشرط أملك" ٢٠٧٢

٤٨٤- شرط البراءة عن العيوب المعدودة إقرار بوجودها، وشرط البراءة عن كل عيب لايكون إقرارا ٩١١

٤٨٥- شرط البراءة من كل عيب، لايكون إقرارا بالعيب. ٩١١

٤٨٦- شرط البراءة من كل عيب، لايكون إقرارا بالعيب؛ لعلمنا أن جميع العيوب لاتجتمع في ذات واحدة، فيجعل مجازا عن إلزام العقد بالامتناع عن التزام صفة السلامة ٩٠٢

٤٨٧- شرط الحنث، ما يعقب اليمين، لاما يَسْبقها؛ لأن المقصود من اليمين منع النفس عن المحلوف عليه، والامتناع إنما يُتصوّر عمّا يوجد، لا عن الماضي ٣٣٨

٤٨٨- شرط الضمان في الأمانة باطل كما في الودائع والعواري ورأس مال الشركة والمضاربة فإنها لا تصير مضمونة بالضمان ١٢١٠

٤٨٩- شرط جواز المسح على الخف اللبس على طهارة كاملة. ١٤٧

٤٩٠- شرط الردّ أن يردّها كما قبض ٨٠١

٤٩١- شرط صحة التوكيل بالمعاوضة في قول أبي حنيفة أهلية الوكيل للتصرف المأمور به، وأهلية الموكّل لحكم التصرف، ولايعتبر أهلية الموكل للتصرف المأمور به ١٠١٠

٤٩٢- شرط صحة القضاء وجود السبب وقت القضاء لابقاءه، لأن بقاء السبب ليس بشرط لبقاء الحكم ٧٠٨

٤٩٣- الشرع أخرج القاتل من أن يكون وارثا، فلا يملك الابن تغيير ذلك. ١٧٦٩

٤٩٤- الشركة العامة لا تمنع قبول الشهادة. ٢٠١٤

٤٩٥- الشركة إنما تتحقق في الجنس الواحد، لا في الجنسين المختلفين ٢١٤٩

٤٩٦- الشركة في الدار عيب، ٧٨٣

٤٩٧- الشركة في الأعيان المجتمعة عيب ٤٠٤

٤٩٨- الشركة في الأعيان عيب. ١٥٧٩

٤٩٩- الشفعة إنما تستحق بالعقد الجائز، ١٠٢٢

٥٠٠- الشفعة تثبت في المنقول ما دام تبعا للأرض، حتي تثبت في البناء، والسُرر المركبة ونحوها، لأن البيع يعطى له حكم أصله، لاحكم نفسه. ١٠٣٦

٥٠١- الشفيع إنما يأخذ الدارَ بالشفعة بتحوّل الصفقة إليه على الصفة التي كانت في حقّ المشتري ١٠٣٦

٥٠٢- الشفيع مقدّم على المشتري، فيتقدّم على من قام مقام المشتري. ١٠١٩

٥٠٣- الشفيع يقوم مقام المشتري بطريق التقدّم عليه. ١٠٣٦

٥٠٤- الشفيع ينقض تصرفات المشتري. ١٠٥٢

٥٠٥- الشك في الاستثناء يكون شكا في الإيجاب ١٦٣٣

٥٠٦- الشك لايصلح دليلا ٥٤٧

٥٠٧- الشهادة إذا تضمّنت جرّ مغنم إلى الشاهد، أو دفع مغرمٍ عنه، لاتقبل لمكان التهمة. ١٢٨٢

٥٠٨- شهادة الفاسق مردودة، وإقراره صحيح. ١٤٨٩

٥٠٩- شهادة الفرد في الأموال لا تقبل. ١٢٠١

٥١٠- شهادة الكفار لا تقبل على المسلم ٢٠٩٩

٥١١- الشهادة تردّ بالتهمة، ومن أسباب التهمة الشركة في المشهود به شركة خاصة. ٢٠١١

٥١٢- الشيء إذا انتقلَ عن مكان لايبقى في ذلك المكان ١٨٤٧

٥١٣- الشيء الواحدُ جاز أن يكون ممنوعا عنه بأسباب من الصوم واليمين وملك الغير، وكونه خمراً، فتَجتمع أسباب المنع على شيء واحد. ٤٧٦

٥١٤- الشيء لايفسر بمثله. ٥٦٣

٥١٥- الشيوع لايمنع البيع، ويمنع الهبة فيما يقسم ١١٤٤

« ص »

٥١٦- صاحب أدنى الحجّتين لايعارض صاحب الأقوى. ١٢٩٣

٥١٧- صاحب الحائط المائل لا يضمن ما تلف بسقوطه قبل الإشهاد، ويضمن بعده. ١٤٧٠

٥١٨- صاحب الكل يزاحم صاحب البعض في كل شيء. ١٤٤٩

٥١٩- صاحب اليد إذا أقام البينة على الملك المطلق لاتقبل بينته عندنا خلافا للشافعي. ٦٨١

٥٢٠- الصبي العاقل لا يجعل تبعا للأبوين في الدين، كما لا يجعل البالغ تبعا للأبوين، إنما التبعية في حق من لا يعبر عن نفسه ٢١٠٤

٥٢١- الصبي محفوظ بغيره لا بنفسه ١٤٩٥

٥٢٢- صحة الرجوع عن الإيجاب لاتتوقّف على علم الزوج والرسول، بخلاف عزل الوكيل ٤٧٣

٥٢٣- صحة القبول تَعتمد قيام الإيجاب، ٤٧٣

٥٢٤- الصغير الذي لا يعبّر بمنزلة متاع في يده، ٢١٠١

٥٢٥- الصلاة بغير طهارة معصية، والعجز عن الطاعة لايُبيح المعصية، ٢٤٢

٥٢٦- الصلاة متى فسدت من وجه، وجازت من وجه، أو فسدت من وجه، وصحّت من وجوه، يُحكم بالفساد احتياطاً ٢٠٨

٥٢٧- الصلح على المجهول لا يقطع الخصومة ٢٠٥٩

٥٢٨- الصلح على الإنكار بَيع في حق المدّعي. ١٠٢٠

٥٢٩- الصلح على المجهول باطل، لأن الصلح شرع لقطع الخصومة، والصلح على المجهول لا يقطع الخصومة ٢٠٥٩

٥٣٠- الصلح عن دم العمد لايحتمل الفسخ بعد الوقوع بمنزلة النكاح والطلاق، فلايبطل بالشروط الفاسدة ولابجهالة البدل ٩٢١

٥٣١- صيانة القضاء عن البطلان واجب ما أمكن ١٣١٠

٥٣٢- صيانة القضاء واجب ١٢٦٠

٥٣٣- صيانة الولد عن الرق من الحوائج الأصلية ١٩٨١

«ض»

٥٣٤- الضرَران إذا تقابلا يتحمّل الأدنى لدفع الأعلى. ١٠٠٥

٥٣٥- ضمّ الردي إلى الجيد للترويج غير متعارف في الرهن ١١٣٥

٥٣٦- ضمّ الردي إلى الجيد للترويج متعارَف في البيع ١١٣٥

٥٣٧- ضم الكفيل إلى الكفيل يزيد في التوثق ١٨٨٠

٥٣٨- ضمان التجارة لايخرج المضمون من أن يكون ملكاً لرب المال بعقد المضاربة، أما ضمان الجناية يجعل المضمون ملكاً له بضمان الجناية معنى ١٦٩٨

٥٣٩- ضمان التملّك لايختلف باليَسار والعَسار ٩٥٣، ١٩٦٥

٥٤٠- ضمان الثمن ضمان بيع، فلايثبت إلا في المبيع ١٠٧٩

٥٤١- ضمان الرهن ضمان قبض حتى يثبت بالقبض ويبقى ببقائه، فكلّ ما يدخل في القبض بقدر الدين يكون مضمونا، وما لا فلا. ١١١١

فإن الرهن ضمان استيفاء، لا ضمان استهلاك ١١١١

٥٤٢- ضمان الرهن ضمان قبض، يثبت بالقبض، ويبقى ببقاءه، والقبض يتناول الكل مقصودا، ١٠٧٩

٥٤٣- ضمان الرهن يبقى ببقاء القبض، لأن قبض الرهن قبض ضمان لأنه قبض استيفاء والبقاء يكون على وفق الثبوت، ١٧٩٨

٥٤٤- ضمان الرهن يثبت بالقبض لا بالهلاك والانكسار ١٠٩٣

٥٤٥- ضمان الغصب ضمان استهلاك، والنقصان الفاحش استهلاك حكما ١١١١

٥٤٦- ضمان القيمة يخالف ضمان الدَين، لأن ضمان القيمة يفيد الملك في المضمون، وضمان الدَين لايفيد الملك ١٠٩٤

٥٤٧- الضمان في الرهن أصل، والأمانة تَبع ١٠٩٢

« ط »

٥٤٨- طعام التمليك مقدّر بنصف صاع، أمّا طعام الإباحة أكلتان مُشبعتان ٣٧٧

٥٤٩- الطلاق المبهَم فيما يرجع إلى المحل غير واقع ٤٦١

٥٥٠- الطلاق لايصح إلاّ في الملك، أو مضافا إلى سبب الملك. ٥٣٣

٥٥١- الطلاق لايقع بالشك، ٥٥٦

٥٥٢- الطلاق لاينزِل بالشك، والمال لايجب بالشك، والنسب لاينقطع بالشك. ٥٥٩

٥٥٣- الطلاق ليس بمال، ويصحّ تعليقه بالشرط، وينفرد به الزوج، ٤٠٧

٥٥٤- الطلاق محظور يباح لأجل الحاجة، ودليل الحاجة الإقدام حالَ كمال الرغبة، ٥١٥

٥٥٥- الطلاق والعتاق كما يَصحّ في المعلوم، يَصحّ في المجهول، ٤٣٤
٥٥٦- الطلاق والعتاق يقبلان التعليق بسائر الشروط، فيقبّلان التعليق بشرط البيان، ٤٣٤
٥٥٧- الطلاق يحتمل التعليق بالشرط، بخلاف البيع والإجارة. ٩٢٦
٥٥٨- الطلاق يحتمل التعليق، أما النكاح لايحتمل التعليق ٤٦٥
٥٥٩- الطهارة شرط جواز الصلاة، وإذا وقع الشك فيها لاتجوز الصلاة. ١٤٢

« ظ »

٥٦٠- الظاهر أن الإنسان إنما يرضى بالتصرف في مال نفسه، بأن يكون البدل له لا لغيره. ١١٩٨
٥٦١- الظاهر مباشرة التصرف بجهة الأصالة، وحكم الملك، لابجهة النيابة ٩٨٦
٥٦٢- الظاهر من حال العاقل المتديّن مباشَرة العقد على وجه الصحّة دون الفساد. ٩٦٠
٥٦٣- الظاهر يصلح حجةً للدفع دون الاستحقاق. ٣٠٣-٣٠٥-٩٨٦-٩٩٠-٩٩٧
٥٦٤- الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق، ٥٢١

« ع »

٥٦٥- العادة جرت بضمّ الردّىء إلى الجيّد في العقود ٩١٦
٥٦٦- العاقل يقصد بتصرفه الصحة دون الفساد ١٦٠١
٥٦٧- العام فيما يتناوله بمنزلة الخاص. ١٧٩٠
٥٦٨- العبد له أهلية كاملة، وقوله ملزم؛ لأنه مخاطب، ولهذا لو أقر على نفسه بدين يصح إقراره ١٩٥٠
٥٦٩- العبد محل للغصب، والغصب إثبات اليد عليه، فإذا استعمله بأمره فقد أثبت يده عليه، فصار غاصبا. ١٤٩٨
٥٧٠- العبد مُطالَب بصرفِ منافعه إلى خدمة مولاه، ٦٦٧
٥٧١- العبرة للمعنى دون الصورة، ٨٥٠
٥٧٢- العتاب إنما يتوجّه على ترك المملوك والمقدور، ٥٦٨
٥٧٣- العتق بعد وقوعه لايحتمل الانتقاض ١٨٣٣
٥٧٤- العتق بعد وقوعه لايحتمل الفسخ ١٢٨٥
٥٧٥- العتق على مال من جانب المولي، بمنزلة الخلع من جانب الزوج، وبمنزلة الخلع من جانبها

في حق العبد ٤٧٠
٥٧٦- العتق مما يحلف به، ويصحّ تعليقه بالخطر، فكان كل واحد منهما مشتملا على معنى اليمين والمعاوضة ٦٥٢
٥٧٧- العتق والولاء لايحتمل النقض، فلايبطل بالتكذيب ١٣٥٥
٥٧٨- العجز عن الطاعة لايُبيح المعصية ٢٤٢
٥٧٩- العزل: إبطال ما ثبت له، فيتوقف على العلم. ٤٧٣
٥٨٠- العقار محفوظ بنفسه، لا يَرِد عليه التوى والتلف ١٥٣٣-١٩٤٠
٥٨١- عقد الذمة لا يبطل بالشروط الفاسدة ٢٠٥٠
٥٨٢- عقد الرهن لايبطل ولاينفسخ بهلاك الرهن، بل يتأكّد؛ لأنه شرع للاستيفاء، وبالهلاك يتقرّر الاستيفاء، وتقرّرُ حكم العقد يؤكّد العقد ١٠٨٠
٥٨٣- علامة الاستيفاء وجود قبض مضمون بعد الصرف والسلم. ٧٥٦
٥٨٤- العلامة والسيماء أقوى من المكان، لأن المقصود من اتحاد العلامة والسيماء ليس إلا المعرفة عند الاجتماع في مكان واحد ٢٠١٧
٥٨٥- العلّة مما يقدّم ويؤخّر، يقال: "أتاك الغَوث، فأبشِر، فأبشِر، فقد أتاك الغوث". ٥٧٤
٥٨٦- علم القاضي فوق تصديق الخصم. ١٣١٣
٥٨٧- «العمد قود» ١٤٣٥
٥٨٨- العمل بالظاهر واجب ما لم يعارضه دليل فوقه، والسيماء أقوى من المكان، والبينة أقوى من الكل ٢٠١١
٥٨٩- عند اجتماع الحَدَثين أو النجاستين، يصرف الماء إلى أغلظهما، لكونه أهمّ ١٦٩
٥٩٠- عهدة الشفيع تجب على من يسلم إليه الدار ويأخذ منه الثمن لأنه ملك منه الدار بعوض، فكان هو الملتزم للعهدة ١٠٣٠
٥٩١- العيب لاحصة له من الثمن قبل القبض؛ لأنه وصف وتبع، فلا يكون الردّ لدفع الضرر، بل هو امتناع عن التملّك ٩٤٥
٥٩٢- العَين تَقبل من التصرفات، ما لايقبله الدين

« غ »

٥٩١- الغائب يختلف باختلاف الوصف، فينصرف إلى الوسط؛ لأنه اعدل، أما العين لايختلف باختلاف الوصف فلايمكن اعتبار وساطة فيه، فيعتبر قيمة المعقود عليه ١٢٤٤
٥٩٤- الغاصب إذا أتلف كسب المغصوب، ثم ردّ المغصوب على المالك، عندهما يضمن الكسب، وعند أبي حنيفة لا ٨١٩
٥٩٥- الغاصب إذا ردّ المغصوب على مَن أخذ منه، برِئ عن الضمان. ١٠٢٧
٥٩٦- غاية الشيء ما ينتهي به ذلك الشيء ٣٥٠
٥٩٧- الغبن اليسير يتحمّل من الوكيل بالشراء، ولا يتحمل منه الفاحش عند الكل ١٢٣٨
٥٩٨- الغرور إنما يوجب حق الرجوع على الغارّ إذا كان في عقد المعاوضة؛ لأنه ملتزم للسلامة، ١٣٩٠
٥٩٩- الغُسل هو الأصل في مَوتى بني آدم، ١٨٤
٦٠٠- الغسل يحتاط في إيجابه ٤١٣
٦٠١- الغصب إذا اتصل به التضمين يصير سببا للملك ١٤٠٧
٦٠٢- غصب الصبي الحر إذا اتصل به التلف بما يمكن الاحتراز عنه في الجملة سبب للضمان بمنزلة الجناية عليه، لأن الصبي المحفوظ بغيره لا بنفسه، فقطعُ يدِ الحافظ عنه يكون تسبيبا للتلف، فيلحق بالجناية عليه ١٤٩٥
٦٠٣- الغصب واجب الإعدام لا واجب التقرير ١١٥٣

« ف »

٦٠٤- فائدة الإشهاد: إمكان إثبات الطلب عند الجحود ١٤٧١
٦٠٥- فائدة الانعقاد النفاذ، ومالا مجيز له لايحتمل النفاذ ١٩٣٩
٦٠٦- فائدة الردّ بالعيب استرداد الثمن ٩٤٥
٦٠٧- فائدة اليمين النكول، والنكول إقرار فيه شبهة، فلا يجعل حجة يتعدّى إلى الغير ١٢٠٨
٦٠٨- الفداء يقابل الأصل دون الأوصاف ١٠٥٤
٦٠٩- فساد المبنيّ عليه يوجب فساد البناء، أما الإمام منفرد فى نفسه، ففساد صلاة غيره لايوجب فساد صلاته ٢٠٨

٦١٠- فساد صلاة الإمام مُوجب فساد صلاة المقتدي، وفساد صلاة المقتدي لايوجب فساد صلاة الإمام، ٢٠٨
٦١١- فعل الحر البالغ لا ينتقل إلى غيره بمجرّد الأمر إذا لم يكن مكرها. ١٤٩٥
٦١٢- فعل القاضي على وجه القضاء لايكون موجباً للضمان ١٣٤٣
٦١٣- الفعل إنما يطلب من القادر لا من العاجز ١٤٧١
٦١٤- فوات التبع لا يوجب طرح شيء من البدل ٢٠٤٩
٦١٥- فوات المقصود يفضي إلى المنازعة. ١٢٣٧
٦١٦- فوات المشروط الذي لايُعدّ نقصانا يوجب خيار الردّ، لأن المشروط مرغوب فيه لما يتعلق به من زيادة المالية فكان بمنزلة صفة السلامة ٨٩١
٦١٧- فوات المشروط يوجب الخيار بمنزلة فوات صفة السلامة. ٩٠٢
٦١٨- في المقاصّة، آخر الدينين يكون قضاء عن أولهما، ولايكون قضاء عن آخرهما، لأن القضاء لايَسبِق الوجوب. ٧٥٧
٦١٩- فيما لايَستَحدث فيه الملك عادةً كالدار، ينصرف اليمين إلى الموجود وقت اليمين، لاإلى الحادث بعد اليمين ١٤٩

« ق »

٦٢٠- القابض لو أنكَر القبضَ أصلا، كان القول قوله، فإذا أنكر قبضَ غيره كان القول قوله. ١٠٧٢
٦٢١- القادر: هو الذي لوأراد تحصيل الفعل لايتعذّر عليه، وكلّ واحد من الجماعة بهذه المثابة. ١٦٨
٦٢٢- القاضي لا ينعزل بالجور والفسق، لكنه يؤدّب ويُعزل، إلا إذا كان التقليد بشرط أنه لو جارَ ينعزل، ٢٠٧٠
٦٢٣- القاضي لايقضي بالوكالة إلا على خصمٍ حاضرٍ، كما لاتقبل البينة إلا على خصم. ١٢٨٠
٦٢٤- القاضي لايقضي بدليل فيه شبهة، ولاينقض قضاؤه بدليل فيه شبهة؛ لماعرف أن الثابت لايبطل بالشك، وغير الثابت لايثبت بالّشك. ١٢٥٣
٦٢٥- القاضي لايقضي بما لايفيد ٩٤٥
٦٢٦- القاضي مأمور بالقضاء عند ظهور العدالة ١٢٠٤

٦٢٧- القاضي مامور بالنظر والاحتياط، لأنه نُصب لدفع الظلم، وإيصال الحقوق إلى أربَابها، فيحتاط لإحيائها، ويحترز عن تعطيلها. ١٣٠٣
٦٢٨- القاضي مأمور بإيصال الحقوق إلى أربابها بقدر الممكن، ممنوع عن التعطيل. ١٤٦٤
٦٢٩- القاضي نصب ناظرا للمسلمين، فيفعل ما كان أنظر ١١٩٧
٦٣٠- القاضي نُصِب ناظرا للمسلمين، فيلزمه العدل، والتسوية في إيفاء الحقوق ١١٢١
٦٣١- القبح ليس بعيب، والجمال وصف زائد ٨٩٦
٦٣٢- القبض المعايَن أولى من القبض المشهود به، ٧٩١
٦٣٣- قبض الواحد لايوجب ضمانَين مختلفين ١٠٩٣
٦٣٤- القبض إذا انتقض بحق سابق، يجعل كأن لم يكن ٩٧٥
٦٣٥- قبض رأس المال شرط لصحة المضاربة ١٢٣٥
٦٣٦- قبض عين الدين لايتصور؛ لأنه وصف الذمة ١٣٦٥
٦٣٧- القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع ١١٤٨
٦٣٨- القبض في الهبة والبيع الفاسد بمنزلة التملك ١١٥٠
٦٣٩- القبض متمّم للبيع، ١٠٢٧
٦٤٠- القَبلية المطلقة لاتقتضي وجود مابعده ٥٣٦
٦٤١- قبول الحوالة المطلقة تبرع، والمكاتب ليس من أهل التبرع، فلا تصح كما لا تصح كفالته ١٨٣٤
٦٤٢- قبول الهبة لا يفتقر إلى الولاية حتى يصح من الملتقط والأم والمحجور ١٥٤٠
٦٤٣- القبول من المجهول لا يتصور ١٥٥٢
٦٤٤- القبول من المجهول ممتنع ١٦٤٦
٦٤٥- "قُبيل" يراد به القبلية القريبة، بخلاف "قَبل"، فيقتضي وجود الثاني على وجود الأوّل متصلابه ٥٣٧
٦٤٦- القدرة على الأصل تمنع المصير إلى البدل، كالقدرة على التكفير بالمال تمنع التكفير بالصوم. ١٦٦
٦٤٧- القدرة على الامتثال شرط لصحة التوكيل ١٢٢٩
٦٤٨- القدرة على الطهارة بالماء، إنما تكون بوجود مايكفي للطهارة المحتاج إليها. ١٦٨
٦٤٩- القدرة على الطهارة بالماء، تمنع التيمم وجوداً وبقاءً، لأن التيمم بدل ١٦٦

٦٥٠- القَرابة التي يفترض وَصلها، هي القرابة المحرمة للنكاح ١٥٩٨
٦٥١- القرض إعارة حكما ١٨٤٠
٦٥٢- القرض مضمون بالمثل بمنزلة المغصوب. ١٨٤٩
٦٥٣- قريب الإنسان مَن يقرب إليه بغيره ١٦٠٤
٦٥٤- القسمة بين الورثة شرعت للمعادلة ١٩٠٥
٦٥٥- القصاص إذا تعذّر استيفاءه لمعنىً من جهة الوليّ، لا يجب شيء، وإذا تعذّر لمعنىً من جهة القاتل يصار إلى الدية ١٤١٩
٦٥٦- القصاص إذا تعذّر استيفاءه لمعنى مِن قِبل مَن له الحق، لا ينقلب مالاً، وإن تعذّر لمعنى مِن غيره ينقلب مالا. ١٤٣٧
٦٥٧- القصاص إذا لم يتعلّق بفعل أحد الشريكين كان كالخاطئ مع العامد لايتعلق بفعل الآخر لمكان الشبهة. ١٤١٩
٦٥٨- القصاص متى سقط بمعنى من جهة الوليّ لا يجب شيء ١٤٢٤
٦٥٩- القضاء إذا اعتَمَد سببا صحيحا، نفَذ باطنا وظاهرا، ولاينتقض بزوال ذلك السبب بعده، ٧٠٨
٦٦٠- قضاء الدين لا يجب إلا بشرط تملك ما في الذمة ١٨٥٠
٦٦١- القضاء بالاستحقاق لايوجب انفساخ البيّاعات في ظاهر الرواية، والقضاء بالحرية يوجب. ٧٢٣
٦٦٢- القضاء بالحرية قضاء بعدم الرقّ، والرقّ إذا انعدم في حق شخص ينعدم في حق الكل. ٦٧٩
٦٦٣- القضاء بالحريّة وفروعها قضاء على كافّة الناس، لأن الحرية تُثبت أحكاما متعدّية من أهلية الولايات والشهادات ٦٧٩
٦٦٤- القضاء بالشفعة بمنزلة القضاء بالبيع ١٣١٧
٦٦٥- القضاء بالشفعة نَقض لكل عقد باشَره المشتري ١٣١٦
٦٦٦- القضاء بالعتق المطلق بمنزلة القضاء بحرية الأصل. ٧٢٦
٦٦٧- القضاء بالعتق قضاء بملك المعتق، لأن الإعتاق لايصح بدون الملك ٦٨٥
٦٦٨- القضاء بالملك المطلق على ذي اليد قضاء عليه وعلى من تلقّى الملك منه دون غيره ٦٧٨
٦٦٩- القضاء بالملك المطلق قضاء على المدعى عليه، وعلى من تلقّى الملك منه. ١٣١٢

٦٧٠- القضاء بالملك قضاء على ذي اليد، وعلى من تلقى الملك منه دون غيره ٦٨٣
٦٧١- القضاء بالنكول جائز عندنا من غير تكرار العرض ٦٩٣
٦٧٢- القضاء بمنزلة الصلح ١٨٦٩
٦٧٣- القضاء على الموهوب له قضاء على الواهب. ٦٩٠
٦٧٤- القضاء على ذي اليد قضاء بعدم ملكه، فينعدم ملك بائعه ضرورةً، ولاينعدم ملك غيره،
إذ ليس من ضرورة عدم ملك ذي يد عدم ملك غيره ٦٧٩
٦٧٥- القضاء على ذي اليد قضاء عليه وعلى من تلقّى الملك منه ببيع، أو هبة، أو غيره ٦٨٩
٦٧٦- القضاء لايجوز إلا بحَضرة الخصم ١٣٠٤
٦٧٧- القضاء لايسبق الوجوب ٧٥٧
٦٧٨- القضاء للمستحق قضاء المشتري الأخير خاصة. ٧٢٥
٦٧٩- القضاء: مايُثبِت أمرا لم يكن ثابتا قبله ١٣٣٤
٦٨٠- القيام والركوع شرعا وسيلة إلى السجود، لأن معنى القربة في الخرور، و"الخرور"
سُقوط من القيام، ٢٣٦
٦٨١- قليل الخَرق و الإنكشاف لايمنع جواز المسح، لأن خفاف الناس لاتخلو منه عادة، فلو قلنا
بأنه يمنع، يؤدي إلى الحرج ١٦٠
٦٨٢- قول المتناقض، وسعي الإنسان في نقض ما تمّ به مردود إلا إذا وافقه الخصم. ١٢٠١
٦٨٣- قول الواحد مقبول في الديانات، خصوصًا فيما يبني على الاحتياط. ٧٧٧
٦٨٤- القول في بيان جهة التمليك، قول المملك ما لم يؤد إلى الدور ١٨٧٢
٦٨٥- قياس دار الإسلام بدار الحرب يحتاط في إثباته، وإبقائه، والكفر بخلافه ٢٠٢٣
٦٨٦- قيام الخصومة شرط لصحّة القضاء ٩٨٨
٦٨٧- قيام العقد بقيام المعقود عليه. ٧٦٢
٦٨٨- قيام يده على التبع لايجعل قياماً على الأصل ١١٤٥

« ك »

٦٨٩- الكافر لا يترك في دارنا على التأبيد من غير وظيفة ٢٠٦٥

٦٩٠- الكتابة تحتمل الفسخ، ولاتتم من غير قبول ٦٥٣

٦٩١- الكتابة كما لا تتجزأ ثبوتا لا تتجزأ فسخا ١٩٦٧

٦٩٢- كسب العبد المشترك مشترك، لأن ملك الرقبة علة لملك الكسب، والاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في الحكم. ٦٤٤

٦٩٣- كسب المملوك الذي لادين عليه يكون لمالكه؛ لأن الكسب سبب لثبوت الملك في الأكساب ٨٠٩

٦٩٤- الكفالة إذا تكررت، واختلف حكمها يؤخذ بالثانية؛ لأن الكفالة عقد يحتمل الفسخ، فإذا تعذر اعتبارهما، تفسخ الأولى بالثانية ١٨٧٢

٦٩٥- الكفالة التزام للمطالبة بما على الأصيل، فكان إبراء الكفيل اسقاطا للمطالبة عن الكفيل ١٨٢٨

٦٩٦- كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة باطلة ١٨٦٤

٦٩٧- الكفالة تنبئ عن الضم، وأنه لا يتحقق إلا مع بقاء الأول ١٨٤٧

٦٩٨- الكفالة شرعت لضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في حق توجه المطالبة ١٨٠١

٦٩٩- الكفالة شُرعت للتوثّق بضمّ ذمّة الكفيل إلى ذمّة الأصيل تحقيقا لمعنى الكفالة، وهو الضمّ ١٣٩٥

٧٠٠- الكفالة شرعت للتوثق، وكثرة الكفلاء تزيد في التوثق ١٨٧٣

٧٠١- الكفالة والحوالة سواء إلا في خصلة واحدة، وهو أنه لو أبرأ الكفيل، لا يبرأ الأصيل، ١٨٢٨

٧٠٢- الكفالة والحوالة شرعت للتوثق، فلا تليق بمال لا يحتم على الأصيل ١٨٣٢

٧٠٣- الكفيل بالمال المؤجل، إذا عجّل قبل حلول الأجل، لا يرجع على الأصيل قبل حلول الأجل ٢٦٨٤

٧٠٤- الكفيل بأمر في حق الأصيل بمنزلة المقرض، وفي حق الطالب بمنزلة المستقرض؛ لانضمام ذمته إلى ذمة المستقرض، ١٨٤٩

٧٠٥- الكفيل بأمر يرجع على الأصيل ليخلصه، ١٨٨٥

٧٠٦- كل اسم على وزن "فعْل" وثانيه ياء، فله جمعان: الجمع القليل يكون على وزن "أفعال"، والجمع الكثير يكون على وزن "فُعُول" ١١٨٩

٧٠٧- كل تصرف لا مجيز له حال وقوعه لا ينعقد لأن فائدة الانعقاد النفاذ وما لا مجيز له لا يحتمل النفاذ فلا يفيد انعقاده ١٩٣٩

٧٠٨- كل جهالة تمنع الامتثال تمنع الصحة، وما لا فلا ١١٨١

٧٠٩- كل دم يدخل فيه الصوم فهو على الآمر عندهما، وعند أبي يوسف على المأمور ١٥٥٩

٧١٠- كل ذي رحم محرم من امرأته فهو صهره ١٦١٢

٧١١- كل ضرر يتمكّن الزوج من رفعه تصدق فيه المرأة، وكل من لايتمكن الزوج من دفعه بنفسه لاتصدّق فيه المرأة ١٣٣٦

٧١٢- كل عدد زدتَ عليه مثل نصفه كان الزائد ثلث الجملة، ولو زدت عليه مثلَ ثلثه كان الزائد رُبع الجملة. ١٦١٩

٧١٣- كل كلام يثبت في حال دون حال، فيثبت نصف ما يقتضيه كل كلام، ٦٤١

٧١٤- كل كلام يثبت في حال، ولايثبت في حالين، فيثبت ثلث ما يقتضيه كل كلام، ٦٤١

٧١٥- كل ما يدخل في القبض بقدر الدين يكون مضمونا، وما لا فلا. ١١١١

٧١٦- كل ما يمنع البيع، يمنع الردّ بالعيب؛ لأنّ الردّ بالعيب ينقل المبيع عن ملك المشتري بعوض إلى ملك البائع، فأشبه البيع، فكل ما يمنع البيع كالكتابة ونحوها يمنع الردّ. ٩٣٢

٧١٧- كلّ مكلّف قُتل ظلما بأيّ شيء، قتل مباشرة أوتسببا، ولم يجب عن دمه بدل، هو مال، ولم يرتث، لايُغسل، ١٨٦

٧١٨- كلّ من كان متّهما بالمَيل غير مسلّط على التصرف من جهته، لاتتحمّل منه المحاباة ٩٤٣

٧١٩- كل من يملك الإنشاءَ يملك الإجازة، ومن لا فلا. ١٩٣٩

٧٢٠- «كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه» ٢١٠٠

٧٢١- الكلام إذا وجد نفاذاً على المتكلّم ينفذ، وإن تعذّر تنفيذه، وأمكن توقيفه يتوقّف، ترتيباً للحكم بقدر الإمكان. ١٣٤٦

٧٢٢- كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن ٤٥٧

٧٢٣- كلام الله تعالى منزّه عن الرجوع؛ لأن الرجوع بَدَاءٌ وتَدارك في الغلط ١٦٩٤

٧٢٤- الكلام لا يحتمل الإلغاء ١٦٧٩

٧٢٥- الكلام مع الاستثناء تكلّم بما وراء المستثنى ١٦٩٤

٧٢٦- الكلام وُضِع للإفادة ٦٠٠

٧٢٧- كلمة "أو" إذا دخلت بين إيجابين يراد بها الواحد ٦٢٨

كلمة "أو" إذا دخلت بين إيجابين، كان الثابت أحدهما لأنه وضعت لتناول الواحد من الجملة ٦١٥
٧٢٨- كلمة "أو" في الإثبات تتناول الواحد ٥٩٠
٧٢٩- كلمة "حتى" تُستعمل للغاية، لكن من شرط حَملها على الغاية أن يكون المعقود عليه فعلا يمتدّ، وما دخلت عليه كلمة "حتى" يصلح غاية، ٣٤٩
٧٣٠- كلمة "على" للشرط حقيقةً، ٩٢٥
٧٣١- كلمة "على" وحرف "الباء" في المبادلات سواء ٩٢٥
٧٣٢- كلمة "في" للظرف حقيقة، فإذا دخلت على الفعل، يراد بها الشرط، ٤٢٧
٧٣٣- كلمة "قَبل" للتقدم، و"قُبَيل" لتقريب التقدم و"بعد" للتأخّر و"مَع" للقِران، و"على" قد يستعمل للحال ٥٣٤

« ل »

٧٣٤- «لا شهادة لخصم» ١٢٦٦
٧٣٥- لا عبرة للجحود في غير مجلس القاضي سواء أشهد على الجحود أو لم يشهد. ١٢١٧
٧٣٦- لا قصاص بين الرجل والمرأة في الطرف. ١٤٩٤
٧٣٧- «لا وصية للوارث» ١٧٤٩
٧٣٨- لا يتوقف ثبات النسب على تصديق الغلام، لكنه يرتد برده. ١٩٩٢
٧٣٩- لا يجب الضمان بدون النقل والتحويل في المنقول ١١٥٢
٧٤٠- لا يجب القصاص في كسر العظم لتعذّر المساواة فيه، ويجب القصاص في الأسنان لإمكان المساواة فيه ١٤٢٦
٧٤١- لا يجب المال في العمد إلا بعد سقوط القود ١٥٢٠
٧٤٢- لا يستحلف في حقوق العباد بدون الدعوى. ١٢٠٥
٧٤٣- لا يصح الإشهاد على الحائط الصحيح؛ لأنه لم يوجد شغل هواء الغير، ولا خوف السقوط ١٤٧٢
٧٤٤- لا يعطى بالوصية إلا القدر المتيقن ١٦٨٧
٧٤٥- «لا يُغلق الرهن»، وتفسيره جعل الرهن بالدَين ١٠٩٤
٧٤٦- لا ينعقد النكاح بالشك، وإذا طرأ وقَع الشك في الارتفاع، فلا يرتفع بالشك ٢٠٠٥

٧٤٧- لا يورث الحميل إلا ببينة"، والحميل: هو الذي يحمل نسبه على الغير ٢١٠٦

٧٤٨- لاتعتبر الجودة في الاستيفاء ضرورة اتحاد الجنس، كيلا يؤدي إلى الربا ١١٠٢

٧٤٩- لاتقبل البينة إلا على خَصم حاضر. ١٢٨٠

٧٥٠- لاتقبل البينة على النتاج من صاحب اليد، كما لاتقبل بيّنته على الملك المطلق. ٦٨٠

٧٥١- لامساواة بين الدين والعين في المالية، لأن العين مال من كلّ وجه، والدين ليس بمال من كلّ وجه، وإنما يصير مالا عند الخروج ٩٧١

٧٥٢- لايتصور أن تكون العين الواحدة في حالة واحدة مملوكة بجهة البيع والهبة

٧٥٣- لايجب المال بالشك والاحتمال. ٦٠٧-٦١٠

٧٥٤- لايجوز الإضرار بصاحب المال بإبطال حقه عن القدر، لايجوز بإبطال حقه عن الجودة. ١٠٨٩

٧٥٥- لايجوز إبطال الشيء الثابت ظاهرًا، بأمر باطن لم يعرف ثبوته، ٢٩٦

٧٥٦- لايجوز اعتبار شبهة الشبهة، ٨٤٣

٧٥٧- لايجوز بيع أحد من نفسه، ولاشراءه من نفسه إلا الأب يبيع ماله من ولده، ٧٣٨

٧٥٨- لايجوز بيع الوصي لليتيم ولاشراءه من نفسه إلاأن يكون خيرا لليتيم، ٧٤٣

٧٥٩- لايختار الأيسر في حق الغاصب؛ لأنه جان، والجاني لايستحق النظر. ١٠٤٦

٧٦٠- لايسقط الواجب بالشكّ والاحتمال ٢٠٨

٧٦١- لايصار إلى الفدية إلاعند اليأس عن الصوم بخلاف الشيخ الفاني، لأن ذلك عَجزٌ لايُرجى زواله بل يزداد كلَّ يوم ٣٧٠

٧٦٢- لايصحّ النقض إلابقضاء أو رضى ١٣٢٢

٧٦٣- لايقضي القاضي حتى يعلم أنه بأيّ سبب يقضي ١٢٦٥

٧٦٤- لاينقض قضاء قد سبق بالشك والاحتمال. ١٢٦٥

٧٦٥- لسان الرسول كلسان المرسِل ٤٧٣

٧٦٦- اللعان لايجري إلاّ في النكاح الصحيح، ٥٥٣

٧٦٧- "العذر": أن لايمكنه الجَري على موجَب العقد إلابضرر يلحقُه في غير المعقود عليه، لأنه لم يلتزم ضرراً لم يتناوله العقد ١٣١٩

٧٦٨- اللقيط الموجود في دار الإسلام مسلم تبعا للدار ٢١٠١
٧٦٩- للقاضي أن يضعَ مال الميت حيث شاء ١٤٥٤
٧٧٠- ليس الخبر كالعَيان. ٧٨٩، ١٢٢٤
٧٧١- ليس على المرتهن تسليم الرهن عند قبض البعض، وإنما يجب عليه التسليم عند قبض الكل، لأنه محبوس لكل جزء من أجزاء الدين ١١٢٨
٧٧٢- ليس من شرط صحة اليمين إعلام الشرط ٦٥٤
٧٧٣- ليس من ضرورة القَبلية وجود ما بعده ٥٣٥
٧٧٤- ليس من ضرورة عدم ملك ذي اليد عدم ملك غيره ٦٧٩

« م »

٧٧٥- "ما اجتمع الحرام والحلال إلا وقد غلب الحرام الحلال" ٢١٢١
٧٧٦- ما ثبت بملك النكاح، يثبت بملك اليمين، وزيادة، ٤٠٠
٧٧٧- ما دارَ بين الخبر والإنشاء، لايجعل إنشاءً، ٦٢٨
٧٧٨- ما في ذمة المستقرض عين حق المقرض حكما ١٨٥٩
٧٧٩- ما كان الواجب فيه الإراقة دون الصدقة، كالأضحية ودم المتعة والقران، لا يضمن بإزالة المذبوح عن ملكه إلا أن يعتاض عنه، فيلزمه التصدق بالعوض، لأن الشرع أباح له الأكل، وحرّم عليه التموّل. ١١٦٠
٧٨٠- ما كان ثابتا لا يزول ما بقي أثر من آثاره ٢٠٢٤
٧٨١- ما لا مجيز له لايحتمل النفاذ ١٩٣٩
٧٨٢- ما لا يجوز بين المسلمين من عقود الربا، إذا جرى بين المسلم والحربي يجعل احتيالا لأخذ أموالهم في قول أبي حنيفة ومحمد، ولا يعتبر بيعا تصحيحا للتصرف ٢٠٨٨
٧٨٣- ما لا يفيد لغو وعبث، فلا يفيد ١٨٠٩
٧٨٤- ما لا يمنع القضاء لا يمنع الشهادة. ٢٠١٥
٧٨٥- ما لايفيد من الكلام لايعتَبر؛ لأن الكلام وُضِع للإفادة، فما لايفيد يكون لغوًا. ٦٠٠
٧٨٦- ما لايفيد يكون لغوًا ١٨٠٩

٧٨٧- ما لم يقع اليأس عن الأصل، لايصار إلى البدل ٩٣٣
٧٨٨- ما من جزء ثبت فيه حق أحدهما، وللآخر أن يزاحمه، فكانت الحقوق مستوية في القوة. ١٤٤٩
٧٨٩- ما وجب بلفظة الأداء و الإيتاء نحو الزكاة، و العشر، وصدقة الفطر، لايجوز فيه إلاّ التمليك؛ لأن الأداء و الإيتاء عبارة عن التمليك ٣٦٧
٧٩٠- ما وجب بلفظة الإطعام نحو كفارة اليمين، والقتل، والظهار، والإفطار، وجزاء الصيد، يجوز فيه طعام الإباحة؛ لأن مطلق الإطعام ينصرف إلى الإباحة. ٣٦٧
٧٩١- ما ورد بلفظة الصدقة نحو كفارة الحلق، لايجوز فيه إلاالتمليك ٣٦٧
٧٩٢- ما يؤدي إلى دور لا ينقطع، فهو من العبث. ١٨١٠
٧٩٣- ما يكون على وزن " فَعْلٌ" وثانيه واو فله جمعان: الجمع القليل يكون على أفعال، والكثير يكون على وزن "فعَال" ١١٨٩
٧٩٤- ما يملكه الموصي عند موته يملكه الوصي، وما لا فلا؛ لأنه خلافة، وإقامة الغير مقام نفسه. ١٩٣٩
٧٩٥- المال الخبيث إذا استقرّ على ملكه يُتصدّق به، لما عرف ١٤٠٦
٧٩٦- مال المسلم لايملك إلا بضمان يعادله ١٣٥٣
٧٩٧- المال لايجب بالشك ٦٠٧-٦١٠
٧٩٨- المال لايُستحقّ بالشبهة، ٩٤٠
٧٩٩- المال لايقبل التعليق بالخطر، فلايقبل التعليَق بالبيان. ٦٠٧
٨٠٠- المال لايقبل التعليق بالشرط، ٤٠٧
٨٠١- المال مما لايحلف به، ولايقبل التعليق بالخطر، ٦٥٢
٨٠٢- المال يحتمل القسمة، والقصاص لا. ١٤٦٦
٨٠٣- المالك القديم إذا وجد ماله في ملك عام أخذه بغير شيئ، وإن وجده في ملك خاص، فإن كان الذي في يده ملكه بمعاوضة صحيحة يأخذه بمثل العوض إن كان مثليا، وبقيمة العوض إن لم يكن مثليا، وإن كان الذي في يده ملكه بعقد فاسد أو بغير عوض يأخذه بقيمة ماله إن كان من ذوات القيم، وإن كان مثليا لا يأخذ، لأنه لو أخذه أخذه بمثله فلا يفيد ٢٠٨٩
٨٠٤- المالك القديم لاينقض تصرفات المتملك من العدوّ، ١٠٥٢

٨٠٥- مؤنة الملك تدور مع الملك.	١٢٤٨
٨٠٦- مايتعلق بالشيء يتعلق بالكامل	١١٤٢
٨٠٧- المبادلة لا تتمّ بدون الرضى.	١٢٢٢
٨٠٨- مباشرة الحرام لاتُباح إلّا لضرورة	٢٣٤
٨٠٩- المبتلى بين الشرّين يختار أهونَهما؛ لأن مباشرة الحرام لاتُباح إلّا لضرورة	٢٣٤
٨١٠- المبدل في الأجير الخاص نفس المنفعة حتى يستحق الأجر بتسليم النفس من غير عمل	١٩١٦
٨١١- المبدل في الأجير المشترك العملُ، لا نفس المنفعة، حتى لا يستحق الأجر إلا بالعمل،	١٩١٦
٨١٢- المبهَم لايصلح جوابا للمفسر،	٥٦٣
٨١٣- مبنى الضمان على المماثلة، وحق الملك لايماثل حقيقة الملك، فلا يستحق به إزالة الملك على المتلف،	٢٠٧٣
٨١٤- مبنى المضاربة على التعميم	١١٨٩
٨١٥- مبنى الوكالة على التوسعة، والتفاوت في النوع الواحد يسيرٌ لا يخلّ بالمقصود	١١٨٣
٨١٦- المبيع إذا تغيّر قبل القبض بقول المشتري أو فعله لايثبت له الخيار، وإن تغيّر بقول البائع أو فعله يثبت للمشترى الخيار لفوات الرضى.	٨٦٣
٨١٧- المبيع إذا سلّم للمشتري على الوصف الذي تناوله العقد، لزمه لمكان الرضى، وإن لم يسلّم كان له الخيار، إن شاء رضي به، وإن شاء ردّه على البائع على الوجه الذي خرج عن ملكه، مراعاةً للجانبين.	٧٩٩
٨١٨- المبيع إذا وصل إلى المشتري بجهة ما، يجعل قابضا بحكم البيع.	٧٨٢
٨١٩- المتأخّر يكون ناسخا لما قبله	٤٥٣
٨٢٠- المتعاقدين إذا اختلفا في الصحّة والفساد، كان القول قول من يدّعى الصحّة، لأن الظاهر من حال العاقل المتديّن مباشَرة العقد على وجه الصحّة دون الفساد.	٩٥٩
٨٢١- المتكلم بالاستثناء إذا ذكَر وصفاً يَليق بالمستثنى منه، يجعل وصفا للمستثنى منه تصحيحا للوصف، أو يجعل صفةً للكل، تحقيقا للمجانَسة بين المستثنى والمستثنى منه، وإن كان لايليق بالمستثنى منه يبطل.	٥٨٢

٨٢٢- المتناقض لاتقبل شهادته ١٢٩٦

٨٢٣- متى جمَع بين الإضافة والإشارة في إضافة النسبة، تُعتبر الإشارة دون الإضافة، ٣٢٢

٨٢٤- متى حصل القضاء بالنسب ضرورة القضاء بحكم من أحكام النكاح، لايمنع اللعان، ومتى حصل القضاء بالنسب ضرورة القضاء بأمر ليس من حقوق النكاح، فإنه يمنع قطع النسب باللعان. ٥٥٣

٨٢٥- مثل الشيء غيره ١٦١٨

٨٢٦- المجتهد يتبع الدليل لا القائل، فنفذ قضاؤه ٢١١٥

٨٢٧- المجتهد يخطئ ويصيب ٢٠٦٣

٨٢٨- مجردّ الحق لا يضمن بالإتلاف ٢٠٧٤

٨٢٩- مجرد القول لاعلى وجه الشهادة لايكون حجة، ولا طلبا للحكم، ٩٩٢، ٩٩٣

٨٣٠- مجهول النسب إذا أقرّ بالرقّ لإنسان ثم ادّعى الحرية تسمع دعواه ٦٩٦

٨٣١- المحاباة وصية في ضمن البيع، فإذا بطل البيع بطل ما في ضمنه. ٩٧٠

٨٣٢- المحجور في دين الاستهلاك بمنزلة المأذون ١٩٠٤

٨٣٣- المحرمات يحتاط فيها، والملك لا يحتاط في إثباته، ولا يثبت بالشبهة ٢١٤٦

٨٣٤- محل البيع هو المال المملوك، ومحل الإجارة المنفعة، لأنها وضعت لتمليك المنفعة، فيقتضي قيام المنفعة، ٧٢٨

٨٣٥- محل الدين الذمة ١٨٠١

٨٣٦- محل الوجوب الذمة، والمال محل لإقامة القربة، فقبل الإقامة يكون المحل خاليا عن الحق ١١٦٠

٨٣٧- المخيّر بين أمرَين إذا اختار أحدَهما، بطل الآخر؛ لأن ما اختاره تعيّن حقا له من الأمر ١٣٧٦

٨٣٨- المدبّر يضمن بالغصب؛ لأنه مال متقوّم كالقنّ، ولا يملك بالضمان؛ لأنه لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك. ١٤٠٦

٨٣٩- المدعى عليه إذا أقرّ بما يجعله خصماً ثم ادّعى ما يخرجه من أن يكون خصماً، لايقبل؛ لأنه يُبطل حقاً أقرّ به، ولايتمكّن من ذلك إلاّ بتصديق المدعي. ١٣١٢

٨٤٠- المرأة إذا أخبرَت عن الحيض أو الطهر في وقته، قُبل قولها، لأنها مَنهيّة عن الكتمان،

والنهي عن الكتمان أمر بالإظهار، وفائدة الأمر القبول. ٣٥٥

٨٤١- المراد من الوسط "الوسط في النفقة"، وهو أن لايكون فيه تقتير ولا إسراف، ٥١٢

٨٤٢- المرسِل يعتبر متكلما بلسان الرسول وقت التبليغ ٤٧٤

٨٤٣- مرض الموت لا يعلم إلا بالموت، وأنه موهوم ١٩١١

٨٤٤- المرهونة إذا اعْورّت، ثم ولدت ولدا، يجعل الولد الحاصل بعد الاعورار، كالولد الحاصل قبل الاعورار، ١٠٧٨

٨٤٥- المريض إذا صلى قاعدا ثم برأ لا تلزمه الإعادة ١٥٦٣

٨٤٦- المريض لا يمنع عن اقتضاء الدين ١٨٤١

٨٤٧- المساومة والشراء إقرار بأن لاملك له، وإقرار بملك البائع من حيث الظاهر، ٩٩٠

٨٤٨- المساومة، والاستيهاب، والاستبداع إقرار لذي اليد بالملك من حيث الظاهر ٩٩٧

٨٤٩- المستحق بالشرط أدنى ما يطلق عليه ذلك الاسم لأنه متيقّن؛ لأنه مستفاد من الاسم بيقين، أمّا الزيادة لاتستفاد من الاسم بيقين، والزيادة على الأدنى مجهولة غير مضبوطة. ٨٩٢

٨٥٠- المسجد لا يحتمل النقض بعد النفاذ بمنزلة الإعتاق. ١٥٤٩

٨٥١- المسلم ممنوع عن تملك الخمر ١٨٤٩

٨٥٢- المشار إليه إذا كان من جنس المسمى، تعلق العقد بالمشار إليه، وإذا كان من خلاف جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى، لأن التسمية للتعريف، والإشارة كذلك. ٨٩١

٨٥٣- المشتري يصير قابضا بالتّخلية ٨٦٣

٨٥٤- المشغول بالدين لا يعتبر من الميراث ويتقدم عليه فكذلك الوصية، وفيما زاد على الثلث يقدم الميراث على الوصية ١٧٤٧

٨٥٥- المشي في الطريق مباح بشرط السلامة ١٤٨٢

٨٥٦- المشيئة تمليكٌ يتقيّد بالمجلس، ٥٩١

٨٥٧- المصر كله مكان واحد ١١٢٩

٨٥٨- "المضارب" من يستحق الأجر بعمله لا بالمال ١٢٤٧

٨٥٩- المضاربة وضعت للاسترباح وذلك لا يحصل إلا بالبيع والشراء، أما البضاعة قد تكون للتجارة،

أو للانتفاع بالعين ١١٩٣
٨٦٠- المضاربة وضعت للاسترباح، وذلك لايحصل إلابالتقلّب والتجارة، فيتقيّد بمحلّ البيع ٩٤٩، ٩٥٠
٨٦١- المضاف إلى أحد الوقتين ينزل في آخرهما، لأنه جعل أحدهما ظرفا، فلو نزل في أولهما، كان كلاهما ظرفا ٥٨٨
٨٦٢- المضاف إلى الوقتين ينزل عند أولهما، لأنه جعل الوقتين ظرفا، فلو نزل في آخرهما كان الظرف أحدهما لا كلاهما ٥٨٧
٨٦٣- المضاف إلى وقت، ينزل عند الوقت ظاهرا ٥١١
٨٦٤- المضمونات تملك عند أداء الضمان مستنداً، والمستند ثابت من وجه دون وجه ١١٧٤
٨٦٥- المطلق يتقيد بالدليل. ١١٩٤
٨٦٦- المظروف يشغل الظرف، أما الظرف لايشغل المظروف ١١٤٤
٨٦٧- المطلق لايُقيد إلابدليل، ودليل التقييد قد يكون صريحا وقد يكون دلالةً ٣٣١
٨٦٨- معاوضة المال بالمال بُنيت على المماكسة، والاستقصاء، والمضايقة، فكان اليسير فيها بمنزلة الفاحش ١٢٣٧
٨٦٩- معاوضة المال بما ليس بمال بُنيت على التوسعة، والمساهلة في البدل، فالتفاوت اليسير فيها لا يُفضي إلى المنازعة، فلا يمنع صحة التسمية ١٢٣٨
٨٧٠- المعتبر في الجنايات مآلها، لا حالها؛ لاختلاف الأحكام بسرايتها ومآلها، ١٤٢٧
٨٧١- المعتبر في الإيصاء صحة العبارة وقت الإيصاء، وقيام الولاية عند الموت ١٩٤١
٨٧٢- "المعتمل": القادر على العمل، وإنما اعتبر القدرةَ على العمل؛ لأن الجزية لا تجب إلا على المقاتل، ومن لا يقدر على العمل لا يقدر على القتال ٢٠٤٥
٨٧٣- المعروف عرفا كالمشروط شرطا. ٦٧١
٨٧٤- المعلّق بأحد الفعلين ينزل عند أوّلهما، لأنه لولم ينزل كان معلّقا بهما. ٥٨٨
٨٧٥- المعلّق بالفعلين يقع عند وجود آخرهما لأنه علّقه بهما، فلو نزل عند أوّلهما كان معلّقا بأحدهما ٥٨٧
٨٧٦- المعلّق بشرط موصوف لايوجد بدونه. ٥٣٣
٨٧٧- "المفاداة": إنما تكون بإعطاء ما بذله صاحب اليد، ليخرج من يده، فيعود إليه قديم ملكه. ١٠٥٣

٨٧٨- المفاوضة مبناها على العموم لاتختص بالتجارة، وطلب الربح. ٩٥٢

٨٧٩- المقادير لا تعرف قياسا ٢٠٤٦

٨٨٠- المقاصة تقع بالقبض، فيعتبر القبض، لا العقد. ٧٦١

٨٨١- المقبوض إذا صار مضمونا بالقيمة، فإن كانت قيمته مثل وزنه، يضمن قيمته من جنسه، لأنه أقرب إلى المماثلة، وإن كانت قيمته أكثر من وزنه، تجب القيمة من خلاف جنسه. ١٠٩٤

٨٨٢- المقرّ يعامَل بإقراره، كأنّ ما أقرّ به حقّ؛ لأنّ إقراره حجّة عليه. ١٣٦٥

٨٨٣- مقصود المرتهن إضجار الراهن ليتسارَع إلى قضاء الدين ١١٣٢

٨٨٤- المقصود من البيع التوسّل إلى الثمن، والثمن جنس واحد، فجهالته لا توجب اختلافا في المقصود، ١١٨٦

٨٨٥- المقصود من الشراء التوسّل إلى العين لمنافع تعلّقت بالعين ١١٨٢

٨٨٦- المقصود من الفداء هو الوصول إلى الأصل ١٠٥٤

٨٨٧- المقصود من المضاربة والشركة الربح دون العقد، فكانت بمنزلة الهبة ١٢٢١

٨٨٨- المقصود من الهبة، هو الملك، يثبت عند القبض، فكان بمنزلة الركن، فيراعى زوال المانع وقت القبض ١١٤٨

٨٨٩- المقصود من اليمين منع النفس عن المحلوف عليه ٣٣٨

٨٩٠- المقضيّ عليه إذا أقام البينة على الوجه الذي قضى عليه، لاتقبل كيلا يؤدّي إلى التهاتر، وإذا أقام البينة على غير ذلك الوجه بأن أقام البينة على النتاج أو على الشراء من المدّعي، تقبل، لأنه لايؤدي إلى التهاتر. ٦٨٢

٨٩١- المكاتَب إذا ملك أباه أو ابنه يتكاتب عليه، لأن المكاتب حرّ من وجه، والحر من كل وجه إذا ملك أباه أو ابنه، يعتق عليه تحقيقا للتسوية، ٩٣٢

٨٩٢- "الملازَمة": هو المنع عن الذهاب ١٣٠٧

٨٩٣- الملك القاصر يكفي لوجوب الضمان والميراث، وانقطاع حق الشركة ٢٠٨٥

٨٩٤- ملك المسلم معصوم عن الإبطال ٢٠٣٨

٨٩٥- ملك المضارب في الربح قبل القسمة متردّد غير مستقرّ ١٢٥١

٨٩٦- ملك اليمين إذا طرأ على ملك النكاح، أبطله، و إذا قارنه، يمنع ثبوته، لأن ملك النكاح ثابت بطريق الضرورة، وما ثبت بملك النكاح، يثبت بملك اليمين وزيادة، فلاحاجة إلى ملك النكاح ٤٠٠
٨٩٧- ملك ربّ المال متقرّر، وهو أصل، وملك المضارب تَبع؛ لأن الربح تَبع لرأس المال، ١٢٥١
٨٩٨- الملك عبارة عن القدرة والإختصاص، وذلك لايتمّ إلا بانقطاع يد الغير ٢٠٨٥
٨٩٩- الملك في المغصوب إنما يثبت من وقت الغصب ١٠٤٨
٩٠٠- الملك في دار الحرب قاصر بدليل الحقيقة، والحكم ٢٠٨٥
٩٠١- الملك لايثبت بالاختيار، بل الاختيار يثبت بالملك، ٥٧٤
٩٠٢- الملك لايحتاط في إثباته، ولايثبت بالشبهة ٢١٤٦
٩٠٣- الملك مع الضمان إذا اجتمعا، يطيب الربح، وإن انعدم أحدهما لايطيب. ١٠٣٦
٩٠٤- الملك يثبت للوارث بطريق الخلافة عند استغناء الميت، أما عند حاجته فلا ١٩٠٠
٩٠٥- المملك إذا عين جهة التمليك عند التمليك أو بعده، إن كان التعيين مفيدا كان القول في ذلك قوله، لأن التمليك يستفاد من جهته فكان القول في ذلك قوله، إلا إذا لم يكن فيه فائدة ١٨٠٩
٩٠٦- المملوك في حق الدم بمنزلة الحر، ١٤٣٥
٩٠٧- مَن ابتلي بين ترك فريضة واحدة وبين ترك الفرائض، يختار ترك فريضة واحدة؛ لأنه أهون ٢٤٣
٩٠٨- مَن أتلف مال الغير ضمن، علم بذلك أو لم يعلم ١٣٣٨
٩٠٩- مَن أتى بكلامين متضادّين يجعل آخرهما ناسخا للأول إذا كان الأول مما يحتمل الإبطال ٦٢٤
٩١٠- مَن أخبرَ عن شيء يملك إنشائَه، لايكذّب فيه، لأنه إذا كان يملك الإنشاءَ، لايكون متّهما في الإخبار، ٥١٣
٩١١- من أخبر عن شيء لايملك إنشائَه، جاز تكذيبه لمكان الفائدة والتهمة. ٥١٣
٩١٢- من أدرك الشطر الأول (في صلاة الخوف) فهو من الطائفة الأولى، ومن أدرك الشطر الثانى، فهو من الطائفة الثانية ٢١٦
٩١٣- من ادّعى بطلانَ حق عرف ثبوته، لا يقبل قوله إلا بحجة؛ لأنه يدعي أمرا عارضا. ١٦٦٤
٩١٤- من أقرّ بسبب الضمان، وادّعى ما يُسقطه، لايصدّق إلا بحجة، لأن صاحبه متمسّك بالأصل في إبقاء ما كان. ١٣٣٩

٩١٥- مَن أقرّ بما لايملك إنشاءه لايصح إقراره في حق غيره لمكان التهمة. ٦٨٠
٩١٦- من أقرّ بما يملك إنشاءَه في الحال، يصح إقراره، ويجعل إقراره بمنزلة الإنشاء لانعدام التهمة ٦٨٠
٩١٧- من انتصَب خَصماً عن غائب، وقضى عليه، كان القضاء عليه قضاء على الغائب لقيامه مقامه ١٢٦٧
٩١٨- من أنكر حقا على نفسه، كان القول قوله مع اليمين، والبينة على المدّعي، وهو ظاهر ١٠٧٢
٩١٩- مَن أنكر حقا على نفسه، كان القول قوله، لأنه متمسّك بالأصل، وهو فراغ الذمة، ١٣٣٩
٩٢٠- من أنكر حقا لم يعرف ثبوته، كان القول قوله؛ لأنه تمسّك بالأصل. ١٦٦٤
٩٢١- مَن أنكر شرطَ وقوع الطلاق المعلّق أو العتق المعلق، قُبل قولُه، لأنه متمسّك بالأصل وهو العدم ٥١١
٩٢٢- من جمَع بين طلاقين، وذكر عقَيبَهما مالاً، يكون المال مقابلا بهما، منقسما عليهما، إذ ليس أحدهما بصرف البدل إليه أولى من الآخر ٤٥٣
٩٢٣- من حكم الجزاء أن يشترط للبر وجودها هو سبب، ولا يشترط وجود الجزاء، ٣٥١
٩٢٤- من حكم العطف أن يشترط للبر وجودهما ٣٥١
٩٢٥- من حكم الغاية، أن يشترط للبرّ وجودها هو غاية، حتى لو ترك الفعل قبل وجود الغاية يحنث ٣٥١
٩٢٦- مَن دفع مالا إلى غيره على ظن أن يكون حقا، لايكون له ولاية الاسترداد مالم يخرج من أن يصير حقا ١٢٠١
٩٢٧- مَن صار خَصماً في حادثة بطلت شهادته فيها، لقوله عليه السلام: «لاشهادة لخصم» ١٢٦٦
٩٢٨- من ظُلم ليس له أن يظلم غيره. ١٢٠٧-١٣٦٧- ١٦٦٨
٩٢٩- من عتق بحال، لايتصور أن يعتق بحال آخر، بخلاف الحُرمان؛ فإن الشيء الواحد جاز أن يكون ممنوعا عنه بأسباب من الصوم واليمين وملك الغير، وكونه خمرا، فتَجتمع أسباب المنع على شيء واحد. ٦٠٠
٩٣٠- مَن قضى دَينَ غيره بأمره، يَصير مُقرضا من المديون، حتى يرجع عليه بذلك؛ لأنه إما أن يجعل واهبا، أو مقرضا. والقرض أدناهما، فيُحمل عليه ٤٠٠
٩٣١- من كان عليه أحد المالين، إن كانا من جنس واحد يلزمه الأقلّ لوقوع الشك في الزيادة، ولايخيّر؛ لأنه يختار الأقل فلايفيد التخيير، فإن كانا من جنسين يخيّر؛ لأن التخيير مفيد. ٦٠١
٩٣٢- من لا يقدر على العمل لا يقدر على القتال ٢٠٤٥

٩٣٣- من لاوارث له يملك الوصية بجميع ماله؛ لقول ابن مسعود رضي الله عنه: "السائب يضع ماله حيث أحب" واراد بالسائب من لاوارث له ١٧٤٨

٩٣٤- من لايدّعي لنفسه حقا، لايكون خصمًا. ٨٦٣

٩٣٥- منفعة الأرض لا تحصل إلا بالزراعة ٢٠٢٩

٩٣٦- منكر الشرط يكون منكراً للإيجاب . ٢٩٧

٩٣٧- الموصى له بالثلث شريك الورثة؛ لأن نصيبه يزداد بزيادة المال ويقلّ بقلته، فكان بمنزلة الوارث. ١٩٠٣

٩٣٨- الموصى له بالثلث شريك الوارث، فيجب التسوية بينه وبين الوارث، ولايسلّم له شيء من المال إلا ويسلم للوارث ضعفه، تحقيقا للتسوية. ٩٧٠

٩٣٩- الموصى له بالثلث لا حقّ له في القصاص، وله الحق إذا انقلب مالا، لأن حقه ثبت بالوصية، والوصية تناولت المال، والقصاص إذا انقلب مالا يكون للميت كسائر أمواله ١٥١٦

٩٤٠- المولى لا يستوجب الدين على مملوكه، ولو ملك مديونه يسقط دينه، وإن ملك بعضه يسقط بقدره ١٩٠٣

٩٤١- الموهوب له يصير قابضا بالتخلية ١١٥٤

٩٤٢- الميت لا يصلح مزاحما ١٦٥٥

٩٤٣- الميّت ليس من أهل إثبات الملك له ١٦٤٧

٩٤٤- الميرث أقوى من الوصية، ألاترى أن الوصية تبطل بالرد، والميراث لا . ١٧٥١

« ن »

٩٤٥- الناقص موجود من وجه دون وجه. ١١٤٢

٩٤٦- النسب لايحتمل الشركة ١٣٤٧

٩٤٧- النسب لاينقطع بالشك. ٥٥٩

٩٤٨- النسب متى ثبت بتصديق من له ولاية التصديق، لايبطل بعد ذلك ١٩٩٧

٩٤٩- النسب يحتاط في إثباته بكتاب القاضي ١٢٥٩

٩٥٠- النسبة تكون بالآباء لا بالأمهات ١٦٠٨

٩٥١- النصاب أصل، والعَفو تَبع، لأن النصاب يوجد بدون العفو، والعَفو على النصاب لايوجد بدون النصاب ٢٨٨
٩٥٢- نفاذ تصرف الوكيل وعدم نفاذه، يعتمد المخالفة والموافقة ٩٢٤
٩٥٣- نفي العيوب كلها لايكون إقرارا بالسلامة عن جميع العيوب ٩٠٢
٩٥٤- نقصان السعر لايتعلق بالعين، بل هذه فترة يحدثها الله في قلوب العباد، فتَقلّ قيمته بقلّة الرغبات، وتزداد بزيادتها. ١١١٢
٩٥٥- النقصان الفاحش استهلاك حكما ١١١١
٩٥٦- نقصان النصاب فى أثناء الحول لا يمنع وجوب الزكاة وانقطاع النصاب يمنع الوجوب ٢٥٠
٩٥٧- النقود تتعين في الهبة. ١٢٢١
٩٥٨- النقود لا تتعين في التوكيل قبل التسليم إلى الوكيل، وتتعين في الشركات والمضاربات على كل حال، لأن المقصود من المضاربة والشركة الربح دون العقد، فكانت بمنزلة الهبة، ١٢٢١
٩٥٩- النكاح لايثبت بالشك، وإذا اعترض على النكاح، وقَع الشكّ في الزوال، فلايزول ٤١٩
٩٦٠- النكاح لم يشرع بدون المهر، وما ليس بمال لايصلح مهرا ٣٧٩
٩٦١- النكول إقرار فيه شبهة ١٢٠٨
٩٦٢- النكول حجة في حق الناكل خاصة، لأنه بذل أو إقرار، فلايتعدى إلى غيره، إلا إذا كان مضطرّا في النكول، فيتعدى إلى من جاء الاضطرار من قبله. ٦٩٤
٩٦٣- النكول عن اليمين إقرار ٨٥٨
٩٦٤- النوم والقعود فعل يستدام، ولهذا يصح توقيته، والدوام على ما يستدام بمنزلة الإنشاء ١٤٨٢

﴿ هـ ﴾

٩٦٥- الهبة لا تفيد ملك اليد قبل القبض، ولا تفيد ملك الرقبة في الحال، وإنما تفيد بعد القبض ١١٥٣
٩٦٦- الهبة لاتتمّ بدون القبض حتى لومات أحدهما قبل القبض تبطل الهبة، ١١٤٢
٩٦٧- الهبة من الكفيل ترتدّ بالردّ، وإبراء الكفيل لا يرتدّ بالردّ ١٣٩٨
٩٦٨- هلاك الأمانة في يد الأمين لا يوجب الضمان ١٢٠٥
٩٦٩- هلاك الجاني لا إلى الخلَف يبطل في حق وليّ الجناية وهلاكه إلى خلَف لايبطل ١٣٧٥

٩٧٠- هلاك المعقود عليه بعد القبض لا إلى بدل يمنع التحالف ٨٥٩

« و »

٩٧١- الواحد في المعاوضة المالية لايصلح عاقدا من الجانبين، لأن حقوق العقد فيها ترجع إلى العاقد، فيصير الواحد مطالبا ومطالَبا، مستزيدا مستنقصا، وذلك محال، ٧٣٦

٩٧٢- الواحد يَصلح عاقدا من الطرفين في الخلع، إذا كان البدل مقَدّرًا، سواء كان العاقد أحد الزوجين أو الأجنبي ٣٧٠

٩٧٣- الوارث إذا قضى دين الميت من ماله لتخليص التركة، لا يكون متبرعا حتى يرجع في التركة ١٩١٨

٩٧٤- الوارث إنما يخلف المورث فيما يملكه الميت، والميت لا يملك تضمين الوكيل ١٢١١

٩٧٥- الوارث يقوم مقام المورث، فيما يرث، لا فيما لايرث، ٨٥١

٩٧٦- وجوب القصاص في الأطراف يعتمد التكافؤ والتساوي، حتى لا تقطع الصحيحة بالشلاء، لأن الأطراف لها حكم الأموال؛ لأنهما خلقت وقاية للنفس. ١٤٢٦

٩٧٧- وجود "الماء المباح" كما يُثبت القدرة للواحد، يُثبت للجماعة، ١٦٨

٩٧٨- الوزن أصل، والجودة تبع لأن الجودة تقوم بالوزن، والوزن لايقوم بالجودة، والضمان في الرهن أصل، والأمانة تَبع ١٠٩٢

٩٧٩- الوسط" عند أبي حنيفة: هو الذي قيمته أربعون دينارا، وعندهما: على قدر الغلاء والرخص في كل عصر ١٢٣٨

٩٨٠- الوصايا إذا اجتمعت بدئ بالأقوى؛ لأن الأدنى لا يزاحم الأقوى. ١٧٥٣

٩٨١- الوصايا إذا اجتمعت، لاتنفذ إلا في الثلث ١٢٨٣

٩٨٢- الوصايا إذا اجتمعت، وفيها عتق، يقدّم العتق، ١٢٨٢

٩٨٣- الوصاية خلافة، فيتعلّق ثبوتها بفوات الأصل. ١٢٦٩

٩٨٤- وصيّ الأب مقدم على الجدّ عندنا، خلافا لمالك. ١٥٢٩

٩٨٥- وصيّ الأم لا يملك التصرف عندنا، خلافا للشافعي ١٥٣٠

٩٨٦- الوصيّ يتصرف بحكم التفويض، وانتقال ولاية الموصى إليه، فتعتبر ولاية الموصى وقت الإيصاء إليه ١٥٢٧

٩٨٧- الوصيّة أوسع بابا من غيرها، يتحمّل فيها ما لا يتحمل في غيرها حتى لا يصح تمليك المعدوم
إلا بطريق الوصيّة ١٥٥٤
٩٨٨- الوصية إيجاب بعد الموت، فيتناول الموجود عند الموت. ١٥٩٤
٩٨٩- الوصيّة بالبيع لا تتوقف على إجازة الورثة، والوصيّة بالرقبة فيما زاد على الثلث تتوقف ١٥٦٨
٩٩٠- الوصية بالثلث المطلق تنصرف إلى الثلث الذي هو خالص حق الميت، لا إلى الثلث الشائع
تنفيذا للوصية ١٧٤٧
٩٩١- الوصية بالثلث، أو بعين من أعيان ماله إذا وقعت لاثنين أو لجماعة بكلمة توجب التبعيض بينهم،
يقتصر على البعض ولا يتكامل ١٦٤٥
٩٩٢- الوصية بالعين تتعدّى إلى ما يحدث من الزوائد بعد موت الموصي قبل القسمة، ١٥٨٢
٩٩٣- الوصيّة بألفين إذا بطلت في شيء منه باستحقاق أو نحوه تبطل أصلا، وإن لم تبطل لكن تعذّر
تنفيذها لفوات العين، فإن فاتت العين إلى بدل ينفذ في بدلها تنفيذا للوصيّة بقدر الامكان ١٥٦٧
٩٩٤- الوصية بالمال إذا بنيت على الوصية بفعل مقصود كانت الوصية بالمال تبعا للوصية بالفعل، ١٥٨٣
٩٩٥- الوصية بالمال للقاتل المكلف لاتعمل قبل الإجازة ١٧٥٠
٩٩٦- الوصيّة ببيع ليس فيه محاباة لا تتوقف على إجازة الورثة، وإن استغرقت المال ١٥٧٦
٩٩٧- الوصية بفعل لا يثبت الملك لا يثبت حقا في العين، إنما العين محلّ لإقامة الوصية ١٥٨٢
٩٩٨- الوصية بفعل لا يثبت ملك العين للموصى له نحوَ الوصية بالإعتاق، وما يجري مجراه
لا تتعدّى إلى الزوائد. ١٥٥٨
٩٩٩- الوصية بفعل يثبت ملك العين للموصى له نحوَ الوصية بالهبة، والصدقة تتعدّى إلى الزوائد ٢٢٨٣
١٠٠٠- الوصية بقدر الثلث تقدم على الميراث، حتى لا يعتبر ذلك القدر من التركة. ١٧٤٧
١٠٠١- الوصيّة بقدر الثلث لا تتوقف على إجازة الورثة ٢٢٥٨
١٠٠٢- الوصية بمثل نصيب أحد الورثة جائزة، وبنصيب أحد الورثة باطل؛ ١٦١٨
١٠٠٣- الوصية بمثل نصيب الابن جائزة، وبنصيب الابن باطلة. ١٦٧٨
١٠٠٤- الوصية بنصيب الابن تصرفٌ في حق الابن؛ لأن نصيب الابن ما أوجبه الله تعالى له،
ولا يملك تحويله إلى غيره ١٦٨٥

١٠٠٥- الوصية بنصيب الوارث المعدوم جائزة، ويكون ذكر نصيبه لتقدير الوصية. ١٧٧٦
١٠٠٦- الوصية تنعقد بلفظة الإجازة ١٩٤٥
١٠٠٧- الوصية للأجنبي أقوى من الوصية للوارث. ١٧٦٤
١٠٠٨- الوصية للمجهول بلفظ لا ينبئ عن الفقر والحاجة باطلة ١٦٠١
١٠٠٩- الوصية للوارث لاتعمل من غير إجازة الورثة، قلت الورثة أوكثرت ١٧٤٩
١٠١٠- الوصيّة متى بطلت فيما زاد على الثلث بردّ الورثة، تبطل استحاقا لا ضربا ١٥٦٦
١٠١١- الوصيّة متى بطلت لا تتحول إلى البدل بخلاف القتل ٢٢٥٣
١٠١٢- الوطن الأصلي ينتقض بالوطن الأصلي، ٢٠٠
١٠١٣- الوطى في العتق المبهم ليس ببيان عند أبي حنيفة، والإعلاق بيان عند الكل، وفي
الطلاق المبهم بيان عند الكل. ٥٤٠
١٠١٤- الوقف حبس العين على ملكه، والتبرع بالمنفعة، لأن لفظ الوقف ينبئ عن الحبس ١٥٤٤
١٠١٥- الوكالة أمانة يعتبر فيها نفي الغرور عن الوكيل، والقدرة على الأئتمان، وإنها تتوقف على
الوقوف بمراد الآمر ١٢٣١
١٠١٦- الوكالة تحتمل الجهالة اليسيرة، ولا تحتمل الفاحشة؛ لأن التوكيل استعانة على ما وكّل به،
وتحصيل المجهول لا يمكن، فكل جهالة تمنع الامتثال تمنع الصحة، وما لا فلا. ١١٨١
١٠١٧- الوكالة تعلقت بالجياد، لأن مطلق اسم الدراهم ينصرف إلي الجياد ١٢٢٧
١٠١٨- الوكالة لاتبطل بالقيام عن المجلس ١٥٠٠
١٠١٩- الوكالة وسيلة إلى الشراء، والنقود لا تتعين في الشراء والمعاوضات، فلا تتعين في الوسيلة ١٢٢١
١٠٢٠- الوكيل بالبيع يملك البيعَ بما عزّ وهان ١١٨٧
١٠٢١- الوكيل بالشراء إذا خالف أمرَ الآمر، ينفذ عليه دون الآمر، ٩٤٨
١٠٢٢- الوكيل بالكتابة سفير لاترجع الحقوق إليه، وهو بمنزلة الوكيل بالنكاح. ١٠١٦
١٠٢٣- الوكيل بالمعاوضة متصرّف بطريق الأصالة، ولهذا ترجع إليه الحقوق، ١٠١١
١٠٢٤- الوكيل في الإنكاح سفير محض، فإذا لم يملك بنفسه لم يملك التفويض إلى غيره ١٩٤٤
١٠٢٥- ولاية الإجازة تستفاد بولاية الإنشاء، فكل من يملك الإنشاء يملك الإجازة، ومن لا فلا. ١٩٣٩

١٠٢٦- ولد الرهن رهن تبعا، ويصير مقصودا إذا بقي إلى وقت الفكاك حقيقة أو حكما ببقاء بدله. ١١١٧

١٠٢٧- ولد الرهن رهن؛ لأن حق الحبس حقّ متأكد في الأصل فيسرى إلى الولد كسائر الحقوق المتأكدة من البيع والتدبير ١٠٥٧

١٠٢٨- الولد في الاستيلاد أصل، والأم تبع، وقد حرم بيع الولد، فيحرم بيع الأم. ١٩٥٤

١٠٢٩- الولد لا يستحق القصاص على والدته وإذا بطل حقه سقط حق الباقين ضرورة أنه لا يتجزآ ٢٠٤٥

١٠٣٠- الولد لايبقى في البطن أكثر من سنتين، ٥٥٧

« ي »

١٠٣١- يتحمّل الأدنى لدفع الأعلى ١٣٢١

١٠٣٢- يجعل الظاهر حجةً لدفع الملك ٣٢١٤

١٠٣٣- يجعل الفاء مكان الواو، لأن حروف الصّلات يقام بعضها مقام البعض، ٤٢٥

١٠٣٤- يجوز أن يكون الملك عدما في حق شخص دون شخص ٦٨٠

١٠٣٥- يختار ما هو الأيسر للشفيع، لأن حق الشفعة شُرع نظرا له ١٠٤٦

١٠٣٦- يد الساعى فى الصدقة الواجبة يد الفقراء، وفى النافلة يد للمالك، ٢٤٩

١٠٣٧- يرجع في البيان إلى المُجمِل ٣١٢

١٠٣٨- يستحبّ لكل وارث أن يسعى في تخليص مورثه عن دَين اللّه تعالى، كما في دين العباد ٣٧٥

١٠٣٩- يصح استثناء البعض فيما لا يحتمل الرجوع، كالطلاق، والعتاق ١٦٩٤

١٠٤٠- يعتبر العرف في تفسير "المعسر" و"المتوسط" في كل مكان ٣٠٩٠

١٠٤١- يعتبر أهلية الوكيل والموكل جميعا للتصرف المأمور به عند أبي يوسف ومحمد. ١١٨٨

١٠٤٢- يعتبر في الانقسام قيمة الأمّ يوم العقد، وقيمة الولد يوم الفكاك، ١٠٥٨

١٠٤٣- يعتبر في الضمان حال المحل وقت الرمي، لا وقت الإصابة؛ لأن سبب الضمان الجناية، فيعتبر حاله وقت الجناية ٣٢٣٥

١٠٤٤- يقضى بما اتفقا عليه الشاهدان. ١٤٩٢

١٠٤٥- اليمين يُحمَل على المتَعارَف ٣٠٩

فهرس المصادر والمراجع

١ - «القرآن الكريم»

٢ - «أبو حنيفة» حياته، وعصره، آراؤه وفقهه
الأستاذ محمد أبو زهرة، (ت١٢٩٤)
دار الفكر العربي بيروت.

٣ - «الإجماع» لابن المنذر
الإمام محمد بن ابراهيم ابن المنذر النيسابوري (ت٣١٨ هـ)
ت/ فؤاد عبدالمنعم أحمد، دار الدعوة الاسكندرية ط/٣، ١٤٠٢ هـ.

٤ - «أحكام القرآن» للجصاص
الإمام أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص (ت ٣٧٠ هـ)
دار الكتب العلمية بيروت، ط/١ ، ١٤١٥ هـ/ ١٩٩٤م.

٥ - «أخبار أبي حنيفة وصاحبيه» للصيمري
أبو عبدالله حسين بن علي الصيمري.
إحياء المعارف النعمانية حيدرآباد، ط/٢ ,١٣٩٤هـ.

٦ - «أخبار القضاة» لوكيع
محمد بن خلف بن حيان تصوير: بيروت، عالم الكتاب.

٧ - «أدب القضاء»
القاضي شهاب الدين إبراهيم بن عبدالله المعروف بابن أبي الدم (ت٦٤٢ هـ)

ت/ محمد عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية بيروت، ط/١، ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م.

٨ - «الأستيعاب، في معرفة الأصحاب» لابن عبد البر
أبو عمر يوسف ابن عبد الله ابن محمد بن عبد البر النمري المتوفي سنة ٤٦٣هـ
مطبوع على هامش الأصابة.

٩ - «الأشباه والنظائر» للسيوطي
الإمام جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الفكر، بيروت.

١٠ - «الأشباه والنظائر» لابن نجيم
العلامة زين الدين بن إبراهيم بابن نُجيم الحنفي
ت/ محمد مطيع الحافظ، دار الفكر، دمشق، ط / ١، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.

١١ - «الإصابة في تمييز الصحابة»
الإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢ هـ)
ت/ الشيخ عادل أحمد عبدالموجود والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت. ط / ١ ، ١٤١٥ هـ/ ١٩٩٥م.

١٢ - «أصول البزدوي»
أبو الحسن علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم البزدوي الملقب بفخر الإسلام (٤٨٢هـ)
دار الكتاب الإسلامي القاهرة

١٣ - «أصول السرخسي»
الإمام أبو بكر محمد بن أحمد السرخسي (٤٩٠ هـ)
ت/ أبو الوفاء الأفغاني دار الكتب العلمية بيروت. ط/١، ١٤١٤ هـ/١٩٩٣م.

١٤ - «إعلاء السنن»
المحدث الشيخ ظفر أحمد العثماني التهانوي

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي، ط/٣ ، ١٤١٥ هـ.

١٥ - «الأعلام» للزركلي
دار العلم للملايين، بيروت - لبنان، الطبعة الخامسة، ١٩٨٠م.
«أقل الجمع عند الأصوليين وأثر الاختلاف فيه»
الدكتور عبدالكريم بن علي بن محمد النملة، مكتبة الرشد، الرياض، ط/١، ١٤١٤هـ

١٦ - «الألقاب الإسلامية في التاريخ والوثائق والآثار»
دكتور حسن الباشا ١٩٩٧، مكتبة النهضة المصرية.

١٧ - «الأم»
أبو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي (ت٢٠٤ هـ)
تصوير دار المعرفة بيروت

١٨ - «أمالي ابن الشجري»
هبة الله بن عليّ بن محمد بن حمزة الحسني، ٤٥٠هـ - ٥٤٢هـ
تحقيق الدكتور محمود محمد الطناحي، مكتبة الخانجي القاهرة، الطبعة الأولى.

١٩ - «الإمام زفر وآرائه الفقهية»
الدكتور أبو اليقظان عطية الجبوري
دار الندوة الجديد بيروت، ط/٢، ١٩٨٦م/ ١٤٠٦هـ.

٢٠ - «الإمام محمد بن الحسن الشيباني وأثره في الفقه الإسلامي»
الدكتور محمد الدسوقي
دار الثقافة الدوحة قطر
«الإمام محمد بن الحسن الشيباني نابغة الفقه الإسلامي»
دكتور علي أحمد الندوي

دار القلم دمشق ١٤١٤هـ .

٢١ - «الانتقاء في فضائل الأئمة الثلاثة الفقهاء»

أبو عمرو يوسف ابن عبدالبر

دار الكتب العلمية بيروت

٢٢ - «الأنساب» السمعاني

أبوسعد عبدالكريم بن محمد السمعاني . ت/ د. عبد الفتاح محمد الحلو ، ،الأستاذ محمد عوامة ، وآخرين ، بيروت ، محمد أمين . ١٤٠١هـ ١٩٨١م .

٢٣ - «أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء»

الشيخ قاسم القُونوي (ت ٩٩٧٨ هـ)، ت/ د. أحمد بن عبدالرزاق الكُبَيسي

دار الوفاء- جدة. ط/ ١ ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.

٢٤ - «البحر الرائق شرح كنز الدقائق»

العلامة زين الدين بن نجيم الحنفي

دار الكتاب الإسلامي، ط/ ٢ .

٢٥ - « بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع»

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت٥٨٧ هـ)

تصوير دار الكتب العلمية بيروت١٤٠٦هـ ، والطبع الجديد دار الفكر بيروت، ط/ ١ ، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.

٢٦ - «البداية والنهاية» لابن كثير

أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير المتوفي سنة ٧٧٤هـ

مكتبة المعارف بيروت، الطبعة الثانية ١٩٧٨م.

٢٧ - «البرهان في أصول الفقه» للجويني

أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله إمام الحرمين الجويني (٤٧٨هـ)

تحقيق د عبد العظيم الديب، مطابع الدولة الحديث قطر
٢٨ - «بلوغ الأماني في سيرة الإمام محمد بن الحسن الشيباني»
محمد زاهد بن الحسن الكوثري
إيج إيم سعيد كمپني كراتشي ط/ ٢، ١٤٠٣ هـ.
٢٩ - «البناية في شرح الهداية» للعيني
بدر الدين أبو محمد محمود بن احمد العيني
دار الفكر، ط/ ١ ١٤٠٠هـ.
٣٠ - «تاج التراجم»
الإمام قاسم بن قُطلوبُغا الحنفي
ت/ إبراهيم صالح، دار المأمون للتراث، ط/ ١، ١٤١٢ هـ/ ١٩٩٢م.
«تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام» حوادث ووفيات ٥٨١هـ - ٥٩٠هـ
الحافظ المؤرخ شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، المتوفي ٧٤٨هـ
تحقيق د/ عبد السلام تدمري، دار الكتاب العربي بيروت
٣١ - «تاريخ التراث العربي»
فواد سزكين، نقله إلى العربية د. محمود فهمي حجازي.
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامي ١٤٠٣ هـ.
٣٢ - «تاريخ الخميس في أحوال أنفس نفيس»
بكر حسين بن محمد الديار بكري،
مؤسسة شعبان بيروت
٣٣ - «تاريخ بخارى»
لأبي بكر محمد بن جعفر النرشخي ٣٤٨هـ عرّبه عن الفارسية الدكتور أمين عبد المجيد بدوي

٣٤ - «تاريخ بغداد»
أبو بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي،
تصوير دار الكتاب العربي
٣٥ - «تاريخ دمشق»
ابن عساكر، أبو القاسم علي بن أبي محمد الحسن بن هبة الله.
«تبيض الصحيفة في مناقب الإمام أبي حنيفة»
جلال الدين عبدالرحمن أبو بكر السيوطي (ت٩١١ هـ)
إدارة القرآن و العلوم الإسلامية كراتشي. ١٩٩٠م/ ١٤١١هـ.
٣٦ - «تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق».
العلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي
تصوير من طبعة بولاق مصر ١٣١٥هـ.
٣٧ - «تحفة الفقهاء»
علاء الدين السمرقندي (٥٣٩ هـ)
دار الكتب العلمية بيروت، ط/ ٢، ١٤١٤ هـ/ ١٩٩٣م.
٣٩ - «التخريج عند الفقهاء والأصوليين»
د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد الرياض، ١٤١٤هـ.
٤٠ - «تذكرة الحافظ» للذهبي
شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي المتوفي سنة ٧٤٨
دار إحياء التراث العربي بيروت.
٤١ - «التعريفات»
علي بن محمد بن علي الجرجاني (٤٧٠ - ٨١٦ هـ)،
ت/ إبراهيم الأبياري دار الكتاب العربي بيروت. ط/ ٣، ١٤١٣ هـ/ ١٩٩٢م.

٤٢ - «تقريب التهذيب»
الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفي سنة ٨٥٢ هـ
تحقيق تعليق عبد الوهاب عبد اللطيف، دار المعرفة بيروت.
٤٣ - «تكملة فتح الملهم بشرح صحيح الإمام مسلم»
الشيخ محمد تقي العثماني
مكتبة دار العلوم كراتشي، ط/ ٤ ، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.
٤٤ - «تلخيص مجمع الآداب في معجم الألقاب»
كمال الدين أبو الفضل عبد الرزاق بن تاج الدين أحمد المعروف بابن الفوطي الشيباني الحنبلي، (٦٤٢ هـ - ٧٢٣هـ) تحقيق الدكتور مصطفى جواد، وزارة الثقافة، بغداد.
٤٥ - «التلويح على التوضيح»
سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (٧٨٢هـ)
دار الكتب العلمية بيروت
٤٦ - «التمهيد في تخريج الفروع على الأصول»
الإمام جمال الدين أبو محمد عبدالرحيم بن الحسن الاسنوي (ت٧٧٢ هـ)
ت/ د. محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة بيروت. ط/ ٣ ، ١٤٠٤ هـ/ ١٩٨٤م.
٤٧ - «تهذيب الأسماء واللغات»
أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي المتوفي سنمة ٦٧٦هـ- الناشر: شركة العلماء بمساعدة إدارة الطباعة المنيرية. للنووي، المطبعة المنيرية - مصر.
٤٨ - «تهذيب التهذيب»
أحمد بن على بن محمد ابن حجر العسقلاني المتوفي سنة ٨٥٢هـ-
دائرة المعارف النظامية- الهند- حيدر آباد الدكن سنة ١٣٢٥ هـالطبعة الأولى.
٤٩ - «الثمار الجنية في طبقات الحنفية»

لملا علي القاري الهروي

مخطوط بمكتبة عارف حكمت بالمدينة المنورة برقم ١/ ٩٢٠،

٥٠ - «جامع أحكام الصغار»

محمد بن محمود الأسروشني (ت ٦٣٢ هـ)

ت/ عبدالحميد عبدالخالق البيزلي، مطبعة المعارف بغداد، ط/ ١، ١٩٨٣م.

و نسخة أخرى ، ت/ د. أبو مصعب البدري ومحمود عبدالرحمن عبدالمنعم، دار الفضيلة، القاهرة.

٥١ - «الجامع الصغير»

الإمام أبو عبدالله محمد بن الحسن الشيباني (ت ١٨٩ هـ)

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي. ١٤١١هـ.

٥٢ - «الجامع الكبير»

الإمام أبو عبدالله محمد بن الحسن الشيباني (ت ١٨٩ هـ)

دار المعارف النعمانية، لاهور. ١٤٠١ هـ/ ١٩٨١م.

٥٣ - «الجرح والتعديل» لابن أبي حاتم

الحافظ أبو محمد عبد الرحمن ابن أبي حاتم الرازي المتوفي سنة ٣٢٧- تحقيق عبد الرحمن ابن يحيى المعلمي، طبع دائرة المعارف العثمانية بحيدر اباد الهند ١٣٧١هـ تصوير دار الكتب العلمية - بيروت.

٥٤ - «الأمالي» (جزء من الأمالي)

الإمام محمد بن الحسن أبو عبدالله الشيباني (ت ١٨٧ هـ)

دائرة المعارف العثمانية حيدر آباد دكن الهند ١٣٦٠هـ.

جزيل المواهب في اختلاف المذاهب»

مخطوط بمكتبة دار العلوم ندوة العلماء الهند، الحديث برقم ٧٦٨.

٥٥ - «جمع الجوامع» بشرح الجلال المحلي
تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (٧٧١هـ) مطبوع مع شرح الجلال المحلي له، مطبعة مصطفى الباب الحلبي مصر ١٣٥٦هـ.
٥٦ - «جنى الداني في حروف المعاني»
حسن بن قاسم المرادي المتوفي ٧٤٩هـ تحقيق: طه محسن، ص ٢١٧، طبعة جامعة بغداد.
٥٧ - «الجواهر المضية في طبقات الحنفية». محي الدين أبي محمد عبدالقادر بن محمد بن محمد بن نصر بن سالم بن أبي الوفاء القرشي الحنفي، ت/ د. عبدالفتاح محمد الحلو، هجر، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م.
٥٨ - «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»
شمس الدين محمد بن أحمد الدسوقي. (١٢٣٠هـ)
مطبعة الحلبي.
٥٩ - «حاشية الشلبي» على تبيين الحقائق - المسماه تجريد الفوائد الدقائق في شرح كنز الدقائق
أحمد بن محمد بن أحمد الشلبي المتوفي سنة ١٠٢١هـ
مطبوع بهامش تبيين الحقائق للزيلعي، بولاق مصر
٦٠ - «حاشية الطحطاوي» على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، لشرنبلالي
المطبعة العلمية بمصر ١٣١٥هـ
٦١- «حسن التقاضي في سيرة الإمام أبي يوسف القاضي»
العلامة الشيخ محمد زاهد الكوثري
إيج إيم سعيد كمپني كراتشي ط/ ٢، ١٤٠٣هـ.
٦٢ - «الدرّ المختار» شرح تنوير الأبصار

علاء الدين محمد بن علي الحصني الحصكفي (ت١٠٨٨ هـ)
مطبوع مع شرحه «ردّ المحتار»، مطبعة مصطفى البابي الحلبي مصر ١٣٨٦هـ،

٦٣ - «الدراية في تخريج أحاديث الهداية»
الإمام الحافظ أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢ هـ).
دار المعرفة بيروت، ط/ ١، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.

٦٤ - «درر الحكام» شرح مجلة الأحكام
علي حيدر، تعريب المحامي فهمي الحسيني
دار الكتاب العلمية بيروت.

٦٥ - «رؤوس المسائل الخلافية بين الحنفية والشافعيّة»
العلامة جار الله أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري (٤٦٧ - ٥٣٨ هـ)،
دراسة وتحقيق: د/ عبدالله نذير أحمد. دار البشائر الإسلامية، ط ١ / ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

٦٦ - «ردّ المحتار» شرح الدر المختار (حاشية ابن عابدين)
محمد أمين بن عمر بن عابدين المتوفي سنة ١٢٠٢هـ
طبعة مصطفى البابي الحلبي مصر ١٣٨٦هـ، وطبعة دار الفكر ط/ ٢، ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٦م،

٦٧ - «رسائل ابن نجيم»
العلامة زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نُجيم (ت٩٧٠ هـ)
دار الباز مكة المكرمة. ط/ ١، ١٤٠٠ هـ/ ١٩٨٠ م.

٦٨ - «رصف المباني في شرح حروف المعاني»
الإمام أحمد بن عبد النور المالقي
تحقيق الدكتور أحمد الخرّاط، دار القلم دمشق، ط/ ٢، ١٤٠٥ هـ/ ١٩٨٥م.

٦٩ - «الروض المربع» شرح زاد المستقنع مختصر المقنع
شرف الدين أبو البخا الحجاوي، دار الرياض، الرياض. ١٤٠٧ هـ/ ١٩٨٧م.
٧٠ - «الروض المعطار في خبر الأقطار»
محمد بن عبد المنعم الحميري
تحقيق دكتور إحسان عباس ، مكتبة لبنان بيروت ١٩٧٥
٧١ - «روضة الطالبين» النووي
أبو زكريا يحى بن شرف النووي الدمشقي المتوفي سنة ٦٧٦هـ
المكتب الإسلامي للطباعة والنشر.
٧٢ - «سنن ابن ماجه» بشرح الإمام أبي الحسن السندي (ت١١٣٨هـ)
الحافظ أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني (٢٠٧ - ٢٧٥ هـ)
تحقيق الشيخ خليل مأمون شيحا، دار المعرفة بيروت/ مكتبة المؤيد الرياض ط / ١، ١٤١٦ هـ.
٧٣ - «سنن أبي داود»
الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني (ت٢٧٥هـ)
ت/ صدقي محمد جميل، دار الفكر بيروت، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.
٧٤ - «سنن الترمذي»
أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (ت ٢٧٩هـ).
تحقيق أحمد شاكر. دار احياء التراث العربي بيروت.
٧٥ - «سنن الدارقطني»
علي بن عمر الدارقطني (ت ٣٨٥هـ).
تعليق عبد الله هاشم يماني ١٣٨٦هـ).
دار المحاسن للطباعة والنشر

٧٦ - «السنن الكبرى»
أحمد بن حسين بن علي البيهقي (ت ٤٥٨هـ) .
دائرة المعارف حيدر آباد الطبعة الأولى (١٣٤٤هـ) . .
٧٧ - «سنن النسائي» بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي (ت٩١١ هـ)
الحافظ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي النسائي المتوفي سنة ٣٠٣هـ. ت/ مكتب تحقيق التراث الإسلامي دار المعرفة بيروت، ومكتبة المؤيد الرياض، ط / ٢، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.
٧٨ - «سير أعلام النبلاء» للذهبي
شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي المتوفي سنة ٧٤٨هـ
تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرين الناشر مؤسسة الرسالة - الطبعة الأولى.
٧٩ - «شذرات الذهب في أخبار من ذهب»
عبد الحي ابن أحمد بن محمد بن العماد الحنبلي المتوفي سنة ١٠٨٩هـ.
دار المسيرة بيروت.
٨٠ - «شرح ابن عقيل» لألفية ابن مالك (وعليه أضواء على الشرح من مجموعة الأساتذة).
طبعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.
٨١ - «شرح أدب القاضي» للخصّاف (ت ٢٦١ هـ)
حسام الدين عمر بن عبدالعزيز بن مازة البخاري المعروف بصدر الشهيد (ت٥٣٦ هـ)
ت/ محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد بغداد ط/ ١، ١٩٧٨م/ ١٣٨٩هـ.
٨٢ - «شرح الجامع الصغير» لقاضي خان (مخطوط)
الإمام فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندي الفرغاني (ت ٢٩٥ هـ)، نسخة مصورة عن نسخة مدرسة الأحمدية بحلب في جزئين، محفوظة في المكتبة المركزية بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، تحت رقم ٤٩١٧ و٤٩١٥ .

«شرح حدود ابن عرفة» الموسوم: الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية

أبو عبدالله محمد الأنصاري الرصّاع (ت ٨٩٤ هـ - ١٤٨٩ م) ت/ محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط/ ١ ، ١٩٩٣م

٨٣ - «شرح الزيادات» للعتّابي، (مخطوط)

أحمد بن محمد بن عمر زاهد الدين أبو نصر العتّابى (٥٨٦هـ)

نسخة مصوّرة من مكتبة تشستربيتي برقم ٣٠١٨، يوجد شريط مصور منها في المكتبة المركزية بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

٨٤ - «شرح السير الكبير»

شمس الأئمة محمد بن احمد السرخسي

تحقيق / د. صلاح الدين المنجد، وعبد العيزيز أحمد منشورات معهد المخطوطات القاهرة.

٨٥ - «الشرح الكبير» على مختصر خليل: للدردير

أحمد بن محمد بن أحمد العدوي المتوفي سنة ١٢٠١هـ

دار الفكر بيروت.

٨٦ - «الشرح الكبير على متن المقنع»

شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامه المتوفي سنة ٦٨٢ هـ مطبوع مع المغني لابن قدامه.

٨٧ - «شرح عقود رسم المفتي» الرسالة الثانية في «مجموعة رسائل ابن عابدين»

محمد أمين بن عمر بن عابدين المتوفي سنة ١٢٠٢هـ

طبع دار سعادت محمد هاشم الكتبي ١٣٢١ هـ.

٨٨ - «شرح القواعد الفقهية»

الشيخ أحمد الزرقاء

دار الغرب الإسلامي. ط / ١ ١٤٠٣ هـ/ ١٩٨٣م.

٨٩ - «شرح مختصر الطحاوي»

الإمام أبو بكر الجصاص، شرح فيه «مختصر الطحاوي»

رسالة الدكتوراة من جامعة أم القرى بمكة المكرمة، سنة ١٤١٢ هـ للباحث: سائد محمد يحيى بكداش، من كتاب البيوع إلى آخر النكاح.

٩٠ - «شرح معاني الآثار» للطحاوي،

أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامه الأزدي الطحاوي الحنفي المتوفي سنة ٣٢١هـ

دار الكتب العلمية بيروت، ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م.

٩١ - «صحيح مسلم» بشرح الإمام محي الدين النووي (ت٦٧٦ هـ)

الحافظ ابو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري المتوفي سنة ٢٦١هـ.

ت/ الشيخ خليل مأمون شيحا، دار المعرفة ومكتبة المؤيد الرياض ط/ ٢، ١٤١٥ هـ

٩٢ - «طبقات الحفاظ» للسيوطي

الحافظ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي المتوفي سنة ٩١١هـ

ت/ د. علي محمد عمر ، مكتبة وهبة، مصر ١٣٩٣ هـ.

٩٣ - «الطبقات السنية في تراجم الحنفيّة»

تقي الدين بن عبدالقادر التميمي الداري الحنفي (ت١٠٠٥هـ)

ت/ عبدالفتاح محمد الحلو، دار الرفاعي الرياض، ط/ ١، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.

٩٤ - «طبقات الفقهاء».

أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت٤٧٦ هـ)

دار القلم، بيروت.

٩٥ - «طبقات الفقهاء»

أحمد بن مصطفى الشهير بطاش كبرى زادة، الموصل ١٣٨٠ هـ.
٩٦ - «الطبقات الكبرى» لابن سعد
محمد بن سعد بن منيع الزهري مولاهم المتوفي سنة ٢٣٠هـ
دار صادر بيروت.
٩٧ - «طبقات النحويين واللغويين» للزبيدي
تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعارف - مصر، ١٩٧٣م.
٩٨ - «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة والأسلاف»
العلامة محمد بن عبدالحميد الأسمندي (ت ٥٥٢ هـ)
ت/ د. محمد زكي عبدالبر، مكتبة دار التراث، القاهرة.
٩٩ - «طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية»
الشيخ نجم الدين بن حفص النسفي (ت٥٣٧ هـ)
ت/ الشيخ خليل الميس، دار القلم، بيروت لبنان، ط/ ١، ١٤٠٦ هـ/ ١٩٨٦م.
١٠٠ - «العبر في خبر من غبر»
الحافظ المؤرخ شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، المتوفي ٧٤٨هـ
تحقيق: الدكتور صلاح الدين، المنجد الكويت ١٩٦٠.
١٠١ - «عقود الجمان في مناقب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان»
محمد بن يوسف الصالحي الدمشقي الشافعي
ط. الهند حيدرآباد ١٣٩٤هـ
١٠٢ - «العناية على الهداية»
تأليف أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي (ت٧٨٦هـ).
مطبوع على هامش فتح القدير
١٠٣ - «غمز عيون البصائر» للحموي

السيد أحمد بن محمد الحموي

دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٥هـ

١٠٤ - «غنية الناسك في بغية المناسك»

العلامة محمد حسن شاه المهاجر المكي (ت١٣٤٤ هـ)

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي. ط/ ١، ١٤١٧ هـ.

١٠٥ - «فتاوى النوازل»

الفقيه أبو الليث السمرقندي (ت٣٧٣ هـ)

مير محمد كتب خانه كراتشي.

١٠٦ - «الفتاوى البزازية» بهامش الفتاوى الهندية

حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز الكردري الحنفي (ت ٧٢٧ هـ)، تصوير من طبعة دار الطباعة العامرة ببولاق مصر ١٣١٠هـ

١٠٧ - «الفتاوى التارتارخانيّة»

عالم بن العلاء الأنصاري الأندريتي الهندي (ت٧٨٦هـ)

ت / القاضي سجاد حسين، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي.

١٠٨ - «الفتاوى الهندية» (الفتاوى العالمكرية)

تصوير من طبعة دار الطباعة العامرة ببولاق مصر ١٣١٠هـ

١٠٩ - «فتاوى قاضي خان»

الإمام فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندي الفرغاني الحنفي (ت ٢٩٥ هـ).

مطبوع بهامش الفتاوى الهندية.

١١٠ - «فتح باب العناية بشرح كتاب النقاية»

الإمام ملا علي القاري، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة

مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب

١١١ - «فتح القدير»
كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ابن الهمام (ت ٦٨١ هـ)
تصوير دار صادر بيروت من طبعة بولاق مصر ١٣١٨هـ والطبعة الجديدة دار الكتب العلمية بيروت، ط/ ١، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.
١١٢ - «الفروق» للقرافي
أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي .
عالم الكتب بيروت.
١١٣ - «الفروق» للكرابيسي
أسعد بن محمد بن الحسين النيسابوري (٤٩٠ - ٥٧٠ هـ)، ت/ د. محمد طمّوم.
وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت، ط/ ١، ١٤٠٢ هـ/ ١٩٨٢م.
١١٤ - «الفصول في الأصول» للجصاص
أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص (ت٣٧٠ هـ)
تحقيق دكتور عجيل جاسم النشمي، وزارة الأوقاف، الكويت ط/ ١ ١٤٠٥هـ.
١١٥ - «الفهرست» لابن النديم
محمد بن اسحاق،
اعتناء وتعليق: الشيخ إبراهيم رمضاندار المعرفة بيروت ط/ ١، ١٤١٥ هـ/ ١٩٩٤م.
١١٦ - «الفوائد البهية في تراجم الحنفية»
العلامة أبو الحسنات عبد الحي اللكنوي (١٣٠٤هـ)
مكتبة خير كثير كراتشي
١١٧ - «الفوائد الزَّيْنيّة في مذهب الحنفية
العلامة زيد الدين بن إبراهيم بابن نُجيم الحنفي (ت ٩٧٠هـ)
دار ابن الجوزي، ط/ ١، ١٤١٤ هـ/ ١٩٩٤م.

١١٨ - «القاموس المحيط»
العلامة مجد الدين محمد بن يعقوب الفيزوزآبادي (ت ٨١٧ هـ)،
ت/ مكتب تحقيق التراث في ، مؤسسة الرسالة بيروت. ط/ ٢ ، ١٤٠٧ هـ/ ١٩٨٧م.
١١٩ - «القند في ذكر علماء سمر قند»
نجم الدين عمر بن محمد بن حمد السنفي (ت٥٣٧ هـ)
مكتبة الكوثر ، الرياض، ط / ١، ١٤١٢ هـ/ ١٩٩١م.
١٢٠ - «القواعد» للمقّري
أبو عبدالله محمد بن محمد بن أحمد المقرّي (ت ٧٥٨ هـ)
ت/ أحمد بن عبدالله بن حميد، جامعة أم القرى، مكة المكرمة.
١٢١ - «قواعد الأحكام في مصالح الأنام»
أبو محمد عزّ الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي (٦٦٠هـ)
دار المعرفة بيروت.
١٢٢ - «القواعد الفقهية»
دكتور علي أحمد الندوي
دار القلم بيروت، ط/ ٣، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.
١٢٣ - «القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير شرح الجامع الكبير»
دكتور علي أحمد الندوي
مصر ١٤١١هـ
١٢٤ - «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزي
محمد بن أحمد بن جزي الغرنا على المالكي المتوفي سنة ٧٤١ هـ
دار العلم للملايين بيروت ١٩٧٩م.
١٢٥ - «القول الحسن في جواب القول لمن»

الشيخ عطاء الله بن نوعي، طبع ١٢٤٦ هـ.

١٢٦ - «كتائب أعلام الأخيار»

محمود بن سليمان الحنفي الشهير بالكفوي (٩٩٠هـ)

مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم ٨٤م .

١٢٧ - «كتاب الأصل» المعروف بالمبسوط

الإمام محمد بن الحسن الشيباني (١٣٢ - ١٨٩ هـ)

ت/ الأستاذ أبو الوقاء الأفغاني

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي. مصور من طبعة إحياأ المعارف النعمانية، الهند.

١٢٨ - «كتاب الأموال»

الإمام أبو عبيد القاسم بن سلام (ت ٢٢٤ هـ)

ت/ محمد خليل هراس دار الكتاب العلمية، بيروت، ط/ ١، ١٤٠٦ هـ/ ١٩٨٦م.

١٢٩ - «كتاب الحجة على أهل المدينة»

الإمام أبو عبدالله محمد بن الحسين الشيباني (ت ١٨٩ هـ)

إحياء المعارف النعمانية حيدر آباد، الهند ١٣٨٩ ه/ ١٩٦٩م .

١٣٠ - «كتاب الحيوان» للجاحظ

ت/ عبد السلام هارون. الحلبي ١٣٦٤هـ

١٣١ - «كتاب الخراج»

القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم (١١٣ - ١٨٢ هـ)

المطبعة السلفية القاهرة. ط/ ٤، ١٣٩٢ .

١٣٢ - «كتاب السير والخراج والعشر» من كتاب الأصل

الإمام أبو عبدالله محمد بن الحسن الشيباني،

تحقيق الدكتور مجيد خدوري، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية باكستان ط/ ١، ١٤١٧هـ

١٣٣ - «كتاب الكسب»
الإمام محمد بن الحسن الشيباني
تحقيق الشيخ عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب، ط/ ١ ١٤١٧هـ.
١٣٤ - «كتاب النفقات»
الإمام أبو بكر أحمد بن عمرو بن مهير الخصاف الشيباني (ت٢٦١ هـ،
ت/ أبو الوفاء الأفغاني، دار السلفية بمبي، الهند.
١٣٥ - «كشاف القناع عن متن الأقناع»
منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن ادريس البهوتي المتوفي سنة ١٠٥١هـ
مكتبة النصر الحديثصة بالرياض.
١٣٦ - « موجبات الأحكام وواقعات الأيام»
الشيخ قاسم بن قطلوبغا الحنفي (ت٨٧٩ هـ)
ت/ د. محمد سعود المعيني، مطبعة الإرشاد بغداد ١٩٨٣م.
١٣٧ -«كشف الأسرار» عن أصول فخر الإسلام البزدوي
علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري المتوفي سنة ٧٣٠هـ-
دار الكتاب العربي بيروت
١٣٨ - «كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون»
حاجي خليفه، مصطفى ابن عبد الله الشهير بحاجي خليفه
مكتبة المثنى بيروت.
١٣٩ - «الكليات» للكفوي
أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي
مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/ ٢، ١٤١٣ هـ/ ١٩٩٣م.
١٤٠ -«اللباب في تهذيب الأنساب»

عز الدين أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد الشيباني، ابن الأثير الجزري.
دار صادر بيروت ١٤٠٠هـ .
١٤١ - «اللباب في الجمع بين السنة و الكتاب »
الإمام محمد علي بن زكريا المنبجي
ت/ د. محمد فضل عبدالعزيز المراد، دار الشروق جدة. ط/ ١، ١٤٠٣ هـ/ ١٩٨٣م.
١٤٢ - «اللباب في شرح الكتاب»
الشيخ عبد الغني الغنيمي الميداني
تعليق وتخريج الشيخ عبدالرزاق المهدي، دار الكتاب العربي ط١ / ١٤١٥هـ.
١٤٣ - «لسان العرب »
العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور (ت٧١١ هـ)
دار الكتب العلمية بيروت. ط/ ١، ١٤١٣ هـ/ ١٩٩٣م.
١٤٤ - «المبسوط : » للسرخسي
الإمام شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت٤٩٠ هـ)
تصوير ، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية باكستان، ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م.
١٤٥ - «مجلة الأحكام العدلية»
تصوير قديمي كتب خانه كراتشي.
١٤٦ - «مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان»
العلامة أبو بن غانم بن محمد البغدادي
عالم الكتب ط/ ١، ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م.
١٤٧ - «المجموع» للنووي شرح المهذب
أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي المتوفي سنمة ٦٧٦هـ طبع مصر
١٤٨ - «مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية»

جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي
الطبعة الأولى بيروت ١٣٩٨هـ
١٤٩ - «مجموعة رسائل ابن عابدين»
العلامة السيد محمد أمين بابن عابدين، المكتبة الهاشمية ، دمشق. ١٣٢٥ هـ.
١٥٠ - «مجموعة قواعد الفقه»
المفتي محمد عميم الإحسان البركتي
مير محمد كتب خانه، كراتشي.
١٥١ - «مختار الصحاح»
محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، دار ابن كثير بيروت، ١٤٠٥ هـ/ ١٩٨٥م.
١٥٢ - «مختصر اختلاف العلماء» لأبي جعفر الطحاوي (ت٣٢١هـ)
اختصار أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص (ت٣٧٠هـ)
ت/ د. عبدالله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية بيروت، ط/ ٢، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م.
١٥٣ - «مختصر الطحاوي»
الإمام أبو جعفر الطحاوي الحنفي (ت٣٢١هـ)،
ت/ أبو الوفاء الأفغاني، إيج إيم سعيد كمبني كراتشي.
١٥٤ - «المدونة الكبرى»
الإمام مالك بن أنس الأصبحي رواية الإمام سحنون عن عبد الرحمن بن القاسم.
دار الفكر بيروت ١٣٩٨هـ.
١٥٥ - «مسند الإمام أحمد بن حنبل»
الإمام أبو عبدالله أحمد بن حنبل الشيباني (ت ٢٤١ هـ)
دار إحياء التراث الإسلامي، بيروت، ط/ ٣، ١٩٩٤م - ١٤/ ١٤١٥ هـ.
١٥٦ - «المصباح المنير» في غريب الشرح الكبير للرافعي

أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي (ت٧٧٠هـ)
المكتبة العلمية بيروت.
١٥٧ -«المصنف» لعبد الرزاق
الحافظ أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني المتوفي سنة ٢١١هـ
تحقيق الشيخ حبيب الرحمن الأعظمي من منشورات المجلس العلمي بالهند، ١٣٩٠هـ
١٥٨ - «معجم البلدان»
الشيخ الإمام أبو عبدالله ياقوت بن عبدالله الحموي البغدادي
ت/ فريد عبدالعزيز الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت. ط/ ١، ١٤١٠ هـ/ ١٩٩٠م.
١٥٩ - «معجم المؤلفين»في تراجم مصنفي الكتب العربية»
عمر رضا كحاله، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/ ١، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.
١٦٠ - «معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء»
د. نزيه حماد، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، ط/ ٣، ١٤١٥ هـ/ ١٩٩٥م.
١٦١ - «معجم المطبوعات العربية والمعرّبة»
جمع وترتيب يوسف اليأن سركيس، ١٤٨٧/٢ . مكتبة الثقافة الدينية، الظاهر، مصر.
١٦٢ - «المعيار المعرب والجامع المغرب» عن فتاوى علماء أفريقية والأندلس والمغرب
لأحمد بن يحيى الونشريسي المتوفى ٩١٤ هـ ٤/ ٣٦٤ .
خرّجه بإشراف الدكتور محمد حجي دار الغرب الإسلامي، بيروت.
١٦٣ - «المغربَ في ترتيب المعرب» للمطرّزي
الإمام اللغوي أبو الفتح ناصر الدين المطرّزي (٦١٠هـ)
تحقيق محمود فاخوري وعبد الحميد مختار، طبع حلب ١٩٨٢ .
١٦٤ - «المغني» على مختصر الخرقي لابن قدامة المقدسي

موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامه المتوفي سنة ٦٢٠هـ-
المكتبة السلفية ومكتبة المؤيد عن طبعة المنار الأولى سنة ١٣٤٨هـ.

١٦٥ - «مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للنووي»
محمد بن أحمد الخطيب الشربيني المتوفي سنة ٩٧٧هـ
مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ١٣٧٣هـ.

١٦٦ - «مفتاح السعادة، ومصباح السيادة في موضوعات العلوم»
أحمد بن مصطفى الشهير بطاش كبرى زادَه،
ت/ كامل كامل بكري وعبدالوهاب أبو النور، دار الكتب الحديثة، القاهرة.

١٦٧ - «مناسك ملا علي القاري»
العلامة علي بن سلطان محمد الشهير بملا علي القاري (ت ١٠١٤ هـ)
طبع جديد، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ط/ ١، ١٤١٧ هـ.

١٦٨ - «مناقب أبي حنيفة»
حافظ الدين بن محمد الكَردَري
مطبوع مع مناقب أبي حنيفة للموفق بن أحمد المكي، دار الكتاب العربي بيروت.

١٦٩ - «مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه» للذهبي
تحقيق وتعليق محمد زاهد الكوثري وأبو الوفاء الأفغاني، الطبعة الثانية بيروت ١٤٠٨هـ

١٧٠ - «منحة الخالق على البحر الرائق»
العلامة السيد محمد أمين بابن عابدين
مطبوع بهامش البحر الرائق

١٧١ - «المهذب في فقه الإمام الشافعي»
أبو اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (ت ٤٧٦هـ).
مصطقى البابي الحلبي، ١٣٧٩هـ

١٧٢ - «موسوعة القواعد الفقهية»
الشيخ محمد صدقي بن أحمد البُورنُو الغزِّي، مكتبة التوبة الرياض، ط/ ١، ١٤١٨ هـ
١٧٣ - موطأ الإمام مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني
ت/ الدكتور تقي الدين الندوي، دار القلم دمشق ط/ ١، ١٤١٢هـ
١٧٤ - «ميزان الاعتدال في نقد الرجال» للذهبي،
الحافظ أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي المتوفي سنة ٧٤٨هـ.
تحقيق: علي محمد البجاوي دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ط/ ١٣٨٢١هـ.
١٧٥ - «النافع الكبير لمن يطالع الجامع الصغير»
العلامة أبو الحسنات عبد الحي اللكنوي (١٣٠٤هـ)
إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي. ١٤١١هـ.
١٧٦ - «نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار» تكملة فتح القدير
شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده المتوفي سنة ٩٨٨هـ
مطبوع مع فتح القدير لابن الهمام.
١٧٧ - «النتف في الفتاوى»
الشيخ أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السُغدي، ت/ د. صلاح الدين الناهي
مؤسسة الرسالة بيروت، ودار الفرقان عمان، ط/ ٢، ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م.
١٧٨ - «نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية»
الإمام جمال الدين أبو محمد عبدالله بن يوسف الزيلعي (ت ٧٦٢ هـ)،
دار الحديث القاهرة مصور من طبع المجلس العلمي بالهند.
١٧٩ - «النكت شرح زيادات الزيادات»
شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت٤٩٠ هـ)
ت/ أبو الوفاء الأفغاني، حيدر آباد دكن الهند. ١٣٧٨ هـ.

١٨٠ - «النهاية في غريب الحديث والأثر»

ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري (ت ٦٠٦هـ)

ت/ محمود محمد الطناحي وطاهر أحمد الزاوي- أنصار السنة المحمدية باكستان.

١٨١ - «نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج» للرملي

أبو العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المتوفي سنة ١٠٠٤هـ

مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، ١٣٨٦هـ- ١٩٦٧م.

١٨٢ - «الهداية» شرح بداية المبتدي

الشيخ برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني (ت٥٩٣ هـ)،

المكتبة الإسلامية. بيروت

١٨٣ - «هدية العارفين»

إسماعيل باشا بن محمد أمين البغدادي

تصوير مكتبة المثنى بغداد

١٨٤ - «الوافي بالوفيات» للصفدي

صلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي

باعتناء شكري فيصل، دار فرانز ١٣٨١هـ.

١٨٥ - «الوجيز في أصول التشريع الإسلامي»

للدكتور محمد حسن هيتو

مؤسسة الرسالة بيروت ١٤٠٣هـ.

فهرس المحتويات

المقدمة	٥
أهمّية ومزايا تحقيق هذا الكتاب باختصار	١١
الصعوبات التي وا جهها الباحث في إعداد الرسالة	١١
الخطة العامّة للرسالة	١٤
شكر وتقدير :	١٦
القسم الدراسي	١٨
الفصل الأول	١٩
نبذة مختصرة عن الإمام محمد بن الحسن الشيباني	١٩
اسمه وكنيته ونسبه ومولده ووفاته :	١٩
نشأته واتصاله بحلقة الإمام أبي حنيفة :	٢١
مشايخه في الفقه والحديث	٢٣
تلاميذه	٣٦
ثناء الأئمّة على الإمام محمد الشيباني	٤٤
منزلته العلمية :	٤٦
مؤلفات الإمام محمد	٤٨
١ ـ «كتاب الأصل» المعروف بالمبسوط للإمام محمد :	٤٩
٢ - «الجامع الصغير» :	٤٩
٤ - «السير الكبير» :	٥١
٥ - «السير الصغير» :	٥٢
٦ - «الزيادات» :	٥٣
٧- «زيادات الزيادت» :	٥٣
أسانيد كتب الإمام محمد :	٥٤

الفصل الثاني ٥٧
ترجمة الإمام قاضي خان ٥٧
اسمه ونسبه ونسبته: ٥٧
كنيته ولقبه وشهرته: ٥٧
مولده وموطنه ووفاته: ٥٩
اسرته ونشأته: ٦١
عصر الإمام قاضي خان: ٦٤
مشايخه: ٦٨
تلامذته ٧٣
إجازة قاضيخان للحصيري: ٧٧
سند الإمام قاضي خان في الفقه: ٨٠
منزلة قاضي خان بين الفقهاء الحنفية وثناء العلماء عليه: ٨٠
تصحيح قاضي خان معتمد ومقدم: ٨٢
مؤلفات الإمام قاضي خان ٨٥
١- «فتاوى قاضي خان» أو «الفتاوى الخانية»: ٨٥
٢- «شرح الجامع الصغير» ٨٨
٣- «شرح الجامع الكبير»: ٩٠
٤- «شرح الزيادات» ٩١
٥- «شرح أدب القاضي» للخصاف: ٩١
٦- «الأمالي في الفقه»: ٩٣
٧- «كتاب المحاضر»: ٩٤
٨- «الواقعات»: ٩٤
٩- «فوائد الإمام قاضيخان»: ٩٤
١٠- «رسم المفتي» أو «عمدة المفتي»: ٩٤
١١- «آداب الفضلاء» في اللغة: ٩٥
١٢- «الإصلاح شرح الإيضاح»: ٩٥
١٣- «خزانة الروايات»: ٩٥

الفصل الثالث	٩٧
المبحث اللأول	٩٨
كتاب الزيادات	٩٨
للإمام محمد بن الحسن الشيباني	٩٨
١ - «الزيادات» من كتب ظاهر الرواية :	٩٨
سبب تأليف الزيادات :	٩٩
نسخ الزيادات في مكتبات العالم :	١٠١
مرتّب الزيادات :	١٠٣
موضوع الزيادات :	١٠٤
أسلوب الكتاب ومنهجه :	١٠٥
شروح الزيادات	١٠٦
المبحث الثاني	١١٢
شرح الزيادات للإمام قاضي خان	١١٢
اسم الكتاب ونسبته إلى المؤلف :	١١٢
أهمية الكتاب ومزاياه العلمية :	١١٣
شرح الزيادات لقاضي خان مصدر معتمد عند الفقهاء :	١١٦
بعض خصائص الكتاب ومنهجه :	١١٧
منهج الإمام قاضي خان في التأصيل	١١٩
مصادر قاضي خان في شرحه	١٢٢
تقويم الكتاب :	١٢٦
وصف نسخ المخطوط المعتمدة:	١٢٧
القسم الثاني : التحقيق	١٣٠
المنهج المتبع في تحقيق المخطوط :	١٣٠

كتاب الطهارة والصلاة ١٤١

باب في الذي لايجد الماء ويجد سؤر الحمار أو النبيذوفي المسح ١٤١

في الباب خمسة فصول ١٤١

أصل الباب أن الطهارة شرط جواز الصلاة وإذا وقع الشك فيها لاتجوز الصلاة ١٤٢

و سؤر الحمار مشكوك في طهوريته ١٤٢

تشترط النية في التوضّي بنبيذ التمر عند أبي حنيفة ١٤٥

نبيذ التمر مشكوك في طهوريته عند محمد، كسؤرالحمار ١٤٧

شرط جواز المسح على الخف اللّبس على طهارة كاملة ١٤٨

الفصل الأول: مسافر أحدث فلم يجد إلا سؤر حمار أو بغل ١٤٩

فإن توضأ بسؤر الحمار ولبس الخف ثم أحدث قبل التيمم ومعه سؤر حمار ١٥٠

الفصل الثاني : إن لم يجد إلانبيذ التمر فإنه يتوضأ به عند أبي حنيفة ، ولايتيمم معه ١٥٠

فإن توضأ بنبيذ التمر هل يمسح على الخف ١٥٢

فرقوا بينه و بين سؤرالحمار، وجه الفرق ١٥٢

الفصل الثالث : أن الجمع بين الغسل والمسح على الخفّ لايجوز ١٥٣

الجمع بين البدل والمبدل محال ١٥٣

إذا غسل إحدى الرجلين، أو غسل بعض الرجل، لايمسح على الأخرى ١٥٤

رجل بإحدى رجليه جراحة لايستطيع غسلها، فإنه يمسح علي الخرق التي عليها ١٥٤

إن توضأ ومسح على الخرق، وغسل الرّجل الصحيحة، ولبس الخُفّ على الصحيحة، ثم أحدث ١٥٤

المسح على الجبيرة كالغسل لماتحتها ١٥٥

من ترك المسح على الجبيرة والمسح لايضرُّه جاز ١٥٦

الأولى أن يمسح علي الجبائر، لما ورد فيه من الآثار ١٥٦

إن لبس على الصحيحة، ومسح على الجبيرة، ولبس الخف على المجروحة، ثم أحدث ١٥٩

بخلاف ما إذا لبس الجُرموق فوق خُفٌ ممسوح، حيث لايجوز المسح على الجرموق ١٥٩

المسح على الخف ليس كالغسل لماتحته ١٦٠

البدل لابدل له ١٦٠

لو لم يستطع المسح على الجبيرة، فغسل الصحيحة، ولبس الخف عليها، ثم أحدث	١٦٠
الفصل الرابع : ينبني على أصل واحد : وهو أن قليل الخَرق و الإنكشاف لايمنع جواز المسح	١٦٠
الكثير مقدّر بثلاثة أصابع من أصغر أصابع الرِّجل	١٦١
رجل لبس خفين لاساق لهما، فظهر من أعلى الخف، أو من أسفله من موضع الغسل	١٦٢
إن كان الخرق في موضعين، في ظهر القَدَم و العقب	١٦٢
إن كان الخرق في خف واحد يجمع، وإن كان في خفين لايجمع	١٦٢
بخلاف النجاسة المتفرقة في الثياب، حيث تجمع	١٦٣
الفصل الخامس: مبنيّ على أن الجمع بين المسح والغسل في الرِّجل الواحدةأو في الرِّجلين لايجوز	١٦٤
رجل قُطعت إحدي رجليه، وبقي منها شيئ يسير، فلبس الخف علي الصحيحة، ثم أحدث	١٦٤
فإن كان لبس الخف على المقطوعة أيضاً، فإن كان الباقي أقلّ من ثلاثة أصابع، لايمسح	١٦٤
وإن كان الباقي من المقطوعة ثلاثة أصابع أو أكثر من العقب، لا من موضع المسح	١٦٥
وإن كان الباقي ثلاثة أصابع أو أكثر من موضع المسح، وهو ظهر القدم	١٦٥
لو قُطعت إحدى رجليه من الكعب، فتوضأ، ولبس الخف على الصحيحة	١٦٥
وكذا إذا قُطعت يده من المِرفق، يجب غسل موضع القطع	١٦٥
ولو قُطعت من فوق الكعب، جاز المسح على الباقي	١٦٥

باب من الصلاة بالتيمم	**١٦٦**
القدرة على الطهارة بالماء، تمنع التيمم وجوداً وبقاءً	١٦٦
القدرة على الأصل تمنع المصير إلى البدل	١٦٦
القدرة على الطهارة بالماء، إنما تكون بوجود مايكفي للطهارة المحتاج إليها	١٦٨
وجود الماء المباح كما يُثبت القُدرةَ للواحد، يُثبت للجماعة	١٦٨
تعريف القادر : هو الذي لوأراد تحصيل الفعل لايتعذّر عليه	١٦٨
عند اجتماع الحَدَثين أو النجاستين، يصرف الماء إلى أغلظهما	١٦٩
الجَنابة أغلظ من الحدَث	١٦٩
الجَنابة كما لاتَتَجزّى ثبوتاً، لاتتَجزّى زوالاً	١٦٩
الفصل الأول : مسافر جُنب اغتسل، وبقي لُمعة لم يُصبها الماء، وفني الماء، تيمّم	١٧٠

فإن تيمّم، ثم أحدث، تيمّم للحدث ١٧٠
فإن وجد بعد ذلك ماءً ١٧٠
إن كان كثيرا، يكفي لهما، يصرفه إليهما، وينتقض تيممه ١٧٠
وإن كان قليلا، لايكفي واحدا منهما، لم ينتقض تيممه ١٧١
وإن كان يكفي أحدَهما بعينه يَصرفه إليه، وتيممه للآخر على حاله ١٧١
وإن كان يكفي كلٍّ واحد منهما بانفراده، ولايكفي لهما جميعا، يصرفه إلى اللمعة ١٧١
رجلين وجدا ماءً يكفي لأحدهما ١٧٢
فإن صرَف الماءَ إلى الحدث جاز، وينتقض تيممه للجَنابة ١٧٣
فإن تيمم للمعة، ثم أحدث، ثم وجد ماءً قبل أن يتيمم للحدث، فهو على الوجوه ١٧٣
فإن كان لم يتيمم للمعة حتى أحدث، والمسألة بحالها، فإنه يتيمم تيمماً واحدا لهما ١٧٤
المرأة إذا خرجت من حيضها، فأجنبت، تكتفي بغسل واحد في ظاهر الرواية ١٧٤
ينبغي أن ينويَ التيمم من الحدثين ١٧٤
التيمم لايجوز بدون النية ١٧٤
الفصل الثاني: جُنب نسي أن يبدأ بمواضع الوضوء، واغتسل، و نسي ظَهره أيضا، ثم أهرق الماء ١٧٥
جُنب معه ماء قدر مايتوضأ به، تيمم، ولايتوضأ به ١٧٧
رجل بثوبه أو بدنه دم كثير، فأحدث، ولم يجد ماءً، تيمم وصلى ١٧٨
فلو وجد مايكفي للثوب أو البدن، ولايكفي لهما، يصرف الماء إلى الدّم ١٧٨
فإن تيمم للحدث، ثم وجد مايكفي لأحدهما، فإنه يغسل به الدم، ويعيد التيمم ١٧٩
جماعة من المتيممين في السفر، انتهوا إلى رجل معه ماء يكفي لأحدهم، فسألوه ١٨٠
إن قال صاحب الماء: هذا الماء لكم جميعا، فقبضوه ١٨٠
هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لاتصح عند أبي حنيفة ١٨٠
هبة المُشاع فيما يقسم باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله، لاتُفيد الملك وإن اتصل بها القبض ١٨٢
المصلّي بالتيمم إذا رأى مع رجل ماءً، إن علم أنه يعطيه، قطع الصلاة ١٨٢
فإذا فرغ من الصلاة سأله، فإن أعطاه أوباعه بثمن المثل، وهو يقدر عليه ١٨٣

باب من يُغسل من الشّهداء ومن لايُغسل

أصل الباب أن الغُسل هو الأصل في مَوتى بني آدم، فصار ذلك سنة في حقّ الكلّ، ثم انتسخ ذلك في حق الشهيد كرامة له ١٨٤
شهداء أحد كانو مقتولين بكمال الظلم من الكفار، فكلّ من كان في معناهم كان ملحقا بهم ١٨٦
كلّ مكلّف قُتل ظلما بأيّ شيء، قتل مباشرة أوتسببا، ولم يجب عن دمه بدل، هو مال، ولم يُرتَثّ، لايُغسل، ١٨٦
ميّت وُجد في المعركة، و به جَراحة، أو دم يخرج من العين أو الأذن أو الفم من الجَوف، أو به أثر الحَرق أو الغَرق، ولايُدرى حاله ١٨٨
لو سقَط مسلم فوَطِئته دابّة العدوّ، أو ضربته بيدها، أو نفحته برِجلها، أو كدمته ١٨٩
من سار في الطريق، فإنه لايؤاخذ بنَفحة الرِّجل أو الذنب، لأنه غير متعد ١٨٩
وكذلك لو نَفَّر المشركون دابّة مسلمٍ بضرب أو زجر، حتى رمَت بصاحبها، فمات ١٩٠
من وضع ناراً في الطريق، فهبّت بهاالريح، وأحرقت شيئاً ١٩٠
إذاقُتل المسلم وهو منهزِم، لايغسل، لأن القتال لايخلو عنه ١٩١
وإذا لم يغسل، يدفن في ثيابه، ويُنزع عنه ما ليس من جنس الكفن ١٩١
العدد المسنون في الكفن يُراعى في كفن الشهيد ١٩١
لو انفلتت دابّة مشرك، فوطئت مسلما، فقتلته، أو نفرت دابّة المسلم عن رايَات المشركين ١٩٢
الشهيد اسم لقتيل العدوّ، فلابدّ من إضافة القتل إليهم لتحقق الشهادة ١٩٤
لو رمى المسلم إلى كافر، فأصاب مسلما، فقتله، أو وطئته دابّة مسلم ١٩٤
وكذا لو حُمِل من المعركة جَريحا، ولم يمُت فيها، فمات على أيدي الرجال، أو مات في منزله ١٩٤
ولوأكل أو شرب بعد الجُرح، يغسّللأنه ارتفق برِفق الأحياء ١٩٥
وكذا لو عاش يوما أو ليلة في المعركة، غسّل ١٩٥
طول الحياة بعد الجرح يُبطل الشهادة، والقليل لايبطل ١٩٥
لو تكلّم في مَصرعه ثم مات لايغسّل لأنه في معني شهداء أحد ١٩٦
ذكرَ ابن سماعة رحمه الله أن إكثار الكلام من الجريح يُبطل الشهادة ١٩٧
لو أوصى بشيء من أعمال الدين لاتبطل شهادته ١٩٧
وكذا إذا أوصى بشيء من أعمال الدنيا عند محمد ١٩٧

من قُتل في المصر بسلاح ظلما، لايغسل ١٩٨
لو قُتل بغَير حديد كالمثقل ونحوه ١٩٨
لو وُجد في المصر قَتيل لايُعرف قاتله، غسّل ١٩٨
وكذا إذا التقى الفئتان ولم يكن بينهم قتال، حتى وُجد قتيل في معسكر المسلمين ١٩٨

باب صلاة المسافر في الإقامة والوطن وغيره

بنى الباب على أن أقلّ مدة السفر ثلاثة أيّام ولياليها، وأقلّ مدة الإقامة خمسة عشر يوماً ١٩٩
الأوطان ثلاثة : ١٩٩
وطن أصليّ : وهو مولَد الرجل، أو البلد الذي تأهّل فيه ١٩٩
وطن الأقامة، ويسمّى وطن المستعار: وهو البلد الذي ينوي المسافر الإقامة به خمسة عشر يوماً ١٩٩
وطن السكنى: وهو البلد الذي ينوي المسافر الإقامة به أقلّ من خمسة عشر يوما ٢٠٠
الوطن الأصلي ينتقض بالوطن الأصلي، ٢٠٠
الأصلي مثل الأصلي، ونقض المثل بالمثل جائز. ٢٠١
ولاينتقض بوطن الإقامة والسكنى والسفر، لأن ذلك دونه، والأدنى لايصلح ناقضاً للأعلى ٢٠١
ووطن الإقامة ينتقض بالأصلي، لأنه فوقه، وبوطن الإقامة، لأنه مثله، وبالسفر، لأنه ضدّه ٢٠١
ولاينتقض بوطن السكنى، لأنه دونه ٢٠١
ووطن السكنى ينتقض بالكلّ ٢٠١
خراسانيّ قدم بغداد، ونوى الإقامة بها خمسة عشر يوما، ومكّيّ قدم كوفة، ونوى الإقامة بها خمسة عشر يوما، ثم خرج كل واحد منهما، يريد قصرَ ابن هُبَيْرَة، ليلتقي بها صاحبه ٢٠١
فإن نوَيا الإقامة بالقصر خمسة عشر يوما، ثم خرجا من القصر إلى الكوفة، ليقيما بها يوماً ٢٠٢
فإن خرَجا من الكوفة إلى بغداد، يريدان المرور على القصر ٢٠٢
فإن خرج البغدادي يريد الكوفة، والكوفي يريد بغداد، فالتقَيا بالقصر ٢٠٤
بغداديّ وكوفيّ خرجا من وطنهما، يريدان القصرَ، ليقيما بها خمسة عشر يوماً ٢٠٤
وطن الإقامة لا يكون إلا بعد تقدّم السفر، لأن الإقامة من المقيم لَغو ٢٠٥
فإن خرجا يريد كل واحد منهما وطن صاحبه، فالتقَيا بالقصر، ثم خرجا من القصر ٢٠٥
كوفيّ أقبل من مكة، فاستقبله ابنه بالحيْرَة وأخبره بخبر يسوءه، فنويا الإقامة بالحيرة خمسة عشر يومًا ٢٠٦

كوفي نقل عَيالَه إلى مكة، ليتوطّن بها، فلمّا دخلها لم يُعجبه المقام بها، فخرج إلى بغداد ٢٠٧
فإن بدا له في الطريق أن لا يستوطن مكة، فخلّف عياله بالبُستان، ودخل مكة على عزم أن يحجّ ٢٠٧

باب المسافر والمقيم يؤمّ أحدُهما صاحبَه ثمّ يشكّان فيه ٢٠٨
الصلاة متى فسدت من وجه، وجازت من وجه، أو فسدت من وجه، وصحّت من وجوه،
يُحكم بالفساد احتياطاً ٢٠٨
وأصل آخر أن فساد صلاة الإمام مُوجب فساد صلاة المقتدى،
وفساد صلاة المقتدي لايوجب فساد صلاة الإمام ٢٠٨
وأصل آخر: أن تعيين الإمام من المقتدى، شرط جواز الصلاة بالجماعة، ٢٠٨
في الباب فصول ثلاثة: إما أن يشكّا بعد ما صلّيا ركعة، أو ركعتين، أو ثلاثا. ٢٠٩
الفصل الأول: مسافر ومقيم أمّ أحدهما صاحبه، فلمّا شرعا شكّا في الإمام ٢٠٩
قيام المقتدى على يمين الإمام ليس بشرط لصحّة الاقتداء ٢٠٩
ولو لم يشكّا حتى أحدث أحدهما، فخرج، ثم أحدث الآخر، ثمّ شكّا في الإمام ٢١٠
وإن صليا ركعتين، وقعد القعدة، ولم يحدثا، ثم شكّا في الإمام ٢١١
وإن شكّا بعد ما صليا ثلاثا أو أربعًا، ولم يحدثا ٢١٣
الظاهر من المسلم الجَري على موجَب الشرع. ٢١٣
كمَن أحرم بشيء، ونسيه، يلزمه حَجة وعمرة، ليخرج عن عُهدة ما التزم بيقين. ٢١٣
لو أحرم بشيئين ونسيهما، القياس أن يلزمه حَجّتان وعمرتان، وفي الاستحسان يلزمه حجة وعمرة ٢١٣

باب صلاة الخوف ٢١٥
أصل الباب أن الانصراف في غير أوانه مُفسد للصلاة، وفي أوانه لا ٢١٥
تَرْك الانصراف في أوانه غير مُفسِد، لأنه أخذٌ بالعزيمة. ٢١٥
أوان انصراف الطائفة الأولى ما بعد الفَراغ عن الشَطر الأول ٢١٥
أوان انصراف الطائفة الثانية ما بعد الفراغ عن الشطر الثاني. ٢١٥
ومن أدرك الشطر الأول، فهو من الطائفة الأولى، ومن أدرك الشطر الثاني، فهو من الطائفة الثانية ٢١٦
إمام صلّى المغرب بالطائفتين، فإنه يصلي بالطائفة الأولى ركعتين، وبالطائفة الثانية ركعة ٢١٦

القعدة إنما شُرعت للفصل بين الشطرين ٢١٦
الركعة الواحدة لا تتجزأ ٢١٦
فإن أخطأ الإمام، فصلّى بالطائفة الأولى ركعة فانصرفت، وبالثانية ركعتين فانصرفت ٢١٧
ولو أن الإمام جعل الناس ثلاث طوائف، فصلى بكل طائفة ركعة، فانصرفت ٢١٨
ولو كان الإمام مقيما، فصلى بهم الظهرَ أو العصرَ أو العشاءَ صلاة الخوف ٢١٩
الإقبال إلى الصّلاة لا يُفسد الصلاة بكل حال ٢٢٠
وإن جعلهم أربع طوائف، وصلى بكل طائفة ركعة ٢٢١
المصلي إذا سبَقَه الحدث، فلم ينصرف، حتى تمكّن من أداء الركن، فسدت صلاته لوجود المنافي ٢٢٢
إذا صلى صلاة الخوف قبل حضرة العدوّ، فخاف الإمام ٢٢٣
الشرع إنما ورد بصلاة الخوف بخلاف القياس، عند تحقق الخوف وحضرة العدو ٢٢٣
لو أن الإمام افتتح الصلاة بهم جميعًا، فلما صلى ركعة وهو مسافر أو ركعتين وهو مقيم، حضَر العدوّ ٢٢٣
ولو خاف الإمام، فصلى بطائفة، ووقفت طائفة ٢٢٤
ولو جعل الناس طائفتين، فصلى بطائفة، ووقفت طائفة بإزاء العدوّ ٢٢٤
لو افتتح صلاة الخوف عند حضرة العدوّ، فلما صلى شطر الصلاة بطائفة ذهب العدوّ ٢٢٥
إن رأوا سَواداً، فظنّوه عدوّا، فانصرفت طائفة في أوانه، ثم ظهر أنه لم يكن عدوا ٢٢٥
من ظن أنه أحدث، فانصرف، ثم علم أنه لم يحدث ٢٢٦
لو صلى صلاة العيد بطائفتين يجوز؛ لوجود العلة، بل أولى ٢٢٧
عند محمد التعوذ لأجل القراءة ٢٢٨
عند أبي يوسف: التعوذ لصيانة الصلاة عن الوسوسة، وهو مأمور به ٢٢٨
المسبوق لا يتعوّذ حتى يقوم إلى قضاء ما سبق عند محمد، والمقتدي لا يأتي بالتعوّذ عنده ٢٢٩
من عجز عن النزول لخوف، يصلي على الدابّة وحدانًا ٢٣٠
التطوع على الدابة في خارج المصر حالة الاختيار جائز، فكذلك الفرض عند الضرورة ٢٣١
فإن صلوا على الدوابّ بجماعة، جازت صلاة الإمام، ومن كان معه على دابته ٢٣١
يصلي على الدابّة حيث ما توجّهت به دابته كما في التطوّع حالة الاختيار ٢٣٢
ولا يصلي وهو يمشي، أو يَسبَح، أو يقاتل، وإنما يصلي عند الكفّ عن هذه الأفعال ٢٣٢

باب من الصلاة التي يكون فيها العُذران ٢٣٤
بنى البابَ على أن المبتلَى بين الشرّين يَختار أهوَنَهما؛ لأن مباشَرة الحرام لاتُباح إلا لضرورة،
ولا ضرورة في الزيادة ٢٣٤
رجل بحَلقه جَراح لايَقدر على السّجود، ويَقدر على غيرها من الأفعال ٢٣٥
القيام والركوع شرعا وسيلة إلى السجود، لأن معنى القربة في الخرور ٢٣٦
الخرور سُقوط من القيام، فكان القيام وسيلة إلى السجود ٢٣٦
شرع السجود قربة خارج الصلاة، دون القيام والركوع ٢٣٦
لو كان بحال لو سجد سال جُرحه، وإن لم يسجد لا يسيل ٢٣٧
ترك السجود أهون من الصلاة مع الحدث ٢٣٧
فإن قام وقرأ وركع ثم قعد وأومأ للسجود، جاز ٢٣٧
شيخ، لو صلى قائما سلَس بوله أو سال جرحه أو لايقدر على القراءة ولو صلى قاعدًا،
لم يُصبه شيء ٢٣٨
ولو كان لو سجد، سال جرحه، أو سلَسَ بوله، ترك السجود أيضًا ٢٣٩
فإن صلى في هذين الفصلين بركوع وسجود مع سيلان الدم، لايجوز ٢٤٠
وإن كان لو صلى قائما أو قاعدا، سال جرحه، وإن استلقى على قَفاه لا يسيل ٢٤٠
المحبوس في السجن في المصر، إذا كان على وضوء، فلم يجد مكانا نظيفا ٢٤٠
وكذا إذا لم يكن على وضوء، ولم يجد ماء، ووجد ترابا نظيفا، فإنه يصلي بالتيمّم، ثم يعيد ٢٤٠
المسافر إذا صلى على الدابة بالإيماء لخوف سبع، أو لصّ، أو طين، أو مرض ٢٤١
فإن كان المحبوس على غير وضوء، فلم يجد ماءً، ولا ترابا نظيفا ٢٤١
من عجز عن الصوم يتشبّه ٢٤١
الصلاة بغير طهارة معصية، والعجز عن الطاعة لايُبيح المعصية، ٢٤٢
العاري في السفر إذا لم يجد ثوبا، فإنه يصلي قاعدًا بالإيماء ٢٤٢
ولو كانوا جماعة، يصلون وحدانا بالإيماء، فإن صلوا جماعة يكون الإمام وسطهم ٢٤٢
ولو وجد ثوبًا مملوأ من الدم، يتخيّر عند أبي حنيفة وأبي يوسف ٢٤٢
وقال محمد رحمه الله: يصلي في الثوب النجس بركوع وسجود ٢٤٣
حكم العورة أشدّ، فإن من العلماء من جوّز الصلاة في الثوب النجس ٢٤٣

أحد لم يجوّز الصلاة مع انكشاف العورة، كما لا يجوز الطواف ٢٤٤
لو كان معه ثوبان، نجاسة أحدهما أكثر من قدر الدرهم، ونجاسة الآخر أقلّ ٢٤٤
المستحبّ: الصلاة في أقلهما نجاسة؛ لأن ذاك أقرب إلى الأدب ٢٤٥
لو كان دم أحدهما قدر الرّبع، ودم الآخر أقل ٢٤٥
الربع له حكم الكل ٢٤٥
ولو كان في كل واحد منهما قدر الربع، وفي أحدهما أكثر، لكن لايبلغ ثلاثة أرباع الثوب ٢٤٥
ولو كان رُبع أحدهما طاهرا، والآخر مملوأ دماً ٢٤٥
العارى، لو وجد ثوبا رُبعه طاهر، فصلى عاريا، لايجوز. ٢٤٥
ولو وجد ثوبا مملوأ من الدم، أو الطاهر منه دون الرُّبع، يتخيّر عند أبي حنيفة وأبي يوسف ٢٤٥
ولو كان طرف أحدهما طاهرا، يمكنه أن يتّزر به، فإنه يتّزر به، ويصلي ٢٤٥
امرأة خرجت من البحر عريانة، ومعها ثوب، لو صلّت فيه قائمة، ينكشف شيء من فخذها
ومن ساقها مايمنع الجواز، ولو صلت قاعدة لاينكشف ٢٤٦
ولوصلت قائمة لاينكشف منها شيء، أو ينكشف شيء يسير، أقلّ من رُبع الساق ٢٤٦
ولو كان الثوب يغطّي جسدَها، وربعَ رأسها، فتركت تغطية الرأس ٢٤٦
ولو كان يغطّي أقل من ربع، لايضرّها ترك التغطية ٢٤٧
وكذا لو انكشف ربع ساقها، تصلى قاعدة في قول أبي حنيفة ومحمد ٢٤٧
ولو انكشف من ساقها أقل من الربع، ولو جمع يكون ربع ساقٍ واحد ٢٤٧
لو انكشف من عورتها شيء، ومن بطنها شيء، ومن ظهرها شيء، ومن فخذها شيء، ومن ساقها شيء
وهي تَقدِر على التغطية، فتركت ٢٤٧
جميع الأعضاء في حكم الانكشاف كعضو واحد ٢٤٧
التسوية بين العورة الغليظة والخفيفة في اِعتبار الربع ٢٤٧
قال الكرخي: في العورة الغليظة يعتبر قدر الدرهم، وفي الخفيفة الربع؛ إظهارا للتفاوت بينهما،
كما في النجاسة الغليظة والخفيفة، وردّ قاضي خان عليه. ٢٤٨

كتاب الزكاة :

باب تعجيل الزكاة ٢٤٩

الأصل فيه : أن يد الساعي في الصدقة الواجبة يد الفقراء، وفي النافلة يد المالك، ٢٤٩
وأصل آخر : أن نقصان النصاب في أثناء الحول لا يمنع وجوب الزكاة وانقطاع النصاب يمنع الوجوب ٢٥٠
رجل أدّى زكاة ماله بعد الحول إلى الساعي، فهلكت في يده قبل الصّرف إلى الفقراء ٢٥١
ولو أفرزها من ماله، ولم يدفع إلى الساعي، حتّى ضاعت ٢٥١
رجل مرّ على العاشر بمائتي درهم، وقال: لم يحُل عليها الحَول، وحلف على ذلك ٢٥١
وهذه فصول ثلاثة : إمّا أن حال الحول أو استفاد خمسة، وتمّ الحول أو انتقص ممّا في يده درهم أو أكثر ٢٥٢
أما إذا لم تزد ولم تنقص فإن كانت تلك الخمسة قائمة في يد الساعي ٢٥٢
يد الساعي في المقبوض قبل الوجوب يد المالك ٢٥٣
المعَدّ للزكاة لا يعتبر ضمارا، لأن الزكاة لا تجب في الضمار ٢٥٤
العُمالة إنما تكون في الواجب، لأن قبضه للواجب يكون للفقراء ٢٥٥
وإن كان الساعي صرَفها إلى الفقراء، أو صرَفها إلى نفسه وهو فقير ٢٥٥
ولو صرَف المالك بنفسه، يصير ملكا للفقراء، وينتقص به النصاب ٢٥٥
الوكيل بدفع الزكاة، إذا أدّى الموكّل بنفسه ثم أدى الوكيل يضمن علم بذلك أو لم يعلم ٢٥٦
الفصل الثاني : إذا استفاد المالك خمسة أخرى، فتمّ الحول، وعنده مائتا درهم ٢٥٧
الجواب عن إشكال ٢٥٧
الفصل الثالث : ٢٥٨
إذا انتقص عن ما في يده درهم، ففي هذا الفصل لاتجب الزكاة في الوجوه كلها ٢٥٨
العمالة إنما تكون في حق الفقراء، لا في حق المالك ٢٥٨
المقبوض قبل الوجوب حق المالك، لا حق الفقراء ٢٥٨
ولو عجّل عن مائتي درهم خمسة دراهم، ثم هلك النصاب إلا درهما ٢٥٩
وكذا لو كانت له مائتا درهم، لامالَ له غيرها، فجعل الكلّ عن الزكاة ٢٦٠
ولو استفاد ألف درهم قبل الحول ٢٦١
ولو استفاد ثمانية آلاف درهم قبل الحول، يصير كلّ المعجل زكاة ٢٦١

ولو عجّل من مائتين وأربعين درهما ستة دراهم، ولم يستفد شيئا، حتى تمّ الحول ٢٦٢
ولو استفاد ستة دراهم أخرى قبل الحول، صار جميع المعجل زكاة ٢٦٣
المعجل إنما يجعل زكاة من وقت التعجيل، إذا صار الكل زكاةً ٢٦٣
يد الساعي قبل الحول يد المالك ٢٦٣
رجل عجّل عن خمس وعشرين من الإبل بنت مخاض، ولم يستفد شيئًا حتى تم الحول ٢٦٤
في إمساك البعض وردّ البعض، ضرر التشقيص والشركة، وذلك مدفوع. ٢٦٦
ولو عجّل شاة عن أربعين، فتصدق بها الساعي، فتمّ الحول، ولم يستفد شيئاً ٢٦٦
أصل هذا: الوكيل بأداء الزكاة إذا أدّى بعد أداء المالك، عندهما لا يضمن عَلِم بأداء المؤكّل أو لم يعلم ٢٦٩
ولو نهاه عن التصدق بعد الحول، فتصدق، كان ضامنا ٢٦٩
ولو نهاه عن التصدق قبل الحول، لا يصحّ نهيه ٢٦٩
ولو ضاعت الزكاة المأخوذة من يد الساعي، بطلت عمالته ٢٦٩
ولو عجّل عن أربعين بقرة مُسنّة، وهلك من بقيّة النصاب واحدة، ولم يستفد شيئا ٢٦٩
مصدِّق عدّ البقرَ بعد الحول، فقال: هي أربعون، فأخذ مُسنة، ثم عدّها ثانيا، فإذا هي تسعة وثلاثون ٢٧٠
القاضي إذا أخطأ في قضائه بمال أو نفسٍ، كان ضمان خطأه على من وقع القضاءَ له أو على بيت المال ٢٧١
إن كان الساعي تعمّد الأخذ، فضمان الفضل في ماله؛ لأنه متعمد، كالقاضي إذا تعمّد الجَورَ ٢٧١
ولو أمر رجلا أن يعتق عبده في كفّارة الظهار، أو اليمين، أو دفع مالا؛ ليكفّر عنه ثم كفَّر الآمر بنفسه ٢٧٢
المتفاوِضَان أمَر كل واحد منهما صاحبَه بأداء الزكاة عنه، وعن نفسه ٢٧٢

باب من زكاة الحَمَل وغيرها ٢٧٤

بنى الباب على أن نقصان السّن، يمنع انعقاد الحول عند محمد، حتى لا تجب الزكاة في الحُمْلان، والفصلان، والعجاجيل ٢٧٤
كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا: يجب في الصغار ما يجب في الكبار ثم رجع إلى قول محمد ٢٧٤
نقصان العجف لا يمنع وجوب الزكاة، لكن يجب فيها ما يليق بحال النصاب؛ نظراً للجانبين ٢٧٥
إذا كان للرجل تسعة وثلاثون حملا، وشاة مسنة حال عليها الحول، يجب فيها مسنة عند الكل ٢٧٦
ولو هلك الحملان، وبقيت المسنة، يؤخذ قسطها ٢٧٧
رجل له خمس من الإبل أوساط، أو مرتفعات، أو فيها بنت مخاض وسط والباقي دون ذلك ٢٧٧

في إيجاب السمينة في العجاف، إجحاف بأرباب الأموال ٢٨٠
أدنى السّن الذي يتناوله اسم الإبل في الشرع بنت مخاض ٢٨٥
ما دون بنت مخاض لا يؤخذ في الدّية ٢٨٥
الزيادة على بنت المخاض عَفو في الزكاة ٢٨٥

باب زكاة الغنم العجاف والحملان ٢٨٦

بنى الباب على أصل مختلَف، وهو أن المال إذا اشتمل على النصاب والعَفو، وهلك منها شيئ بعد الحَول،
عند أبي حنيفة وأبي يوسف صُرف الهلاك إلى العَفو ٢٨٦
وعند محمد وزفر الواجب متعلق بالكلّ، والهَلاك مَصروف إلى الكل ٢٨٦
متى اشتمل على النّصُب، وهلك منها شيئ بعد الحول ٢٨٧
وجه قول محمد و زفر ٢٨٧
وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن النصاب أصل، والعَفو تَبع، ٢٨٨
النصاب يوجد بدون العفو، والعفو على النصاب لا يوجد بدون النصاب ٢٨٨
صرف الهلاك إلى التبع أولى، كمَال المضاربة ٢٨٨
رجل له أربعون شاة عِجافا، فإن كانت واحدة منهن تَعدل ثنية سمينة ٢٨٩
رجل له أربعون شاة، عشرون سِمان أو أوسَاط، وعشرن عجاف ٢٩٠
رجل له خمسون بنت مخاض عجفا إلا واحدةَ سمينة، تَعدل خمسين درهما ٢٩١

باب من زكاة البقر والعَجَاجيل العجاف ٢٩٣

بنى الباب على ما تقدّم، أن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا تجب الزكاة في العَجَاجيل،
وأدنى السنّ الذي يتعلق به الزكاة في البقر تَبيع ٢٩٣
رجل ملَك ثلاثين تبيعا عجافا، وحال عليها الحول ٢٩٣
في النّصُب يصرف الهلاك إلى الكل عند أبي يوسف ٢٩٤

كتاب الأيمان ٢٩٥

باب اليمين بالعتق مايصدّق فيه المولى وما لايصدق ٢٩٥

مسائل الباب أقسام ثلاثة أحدها: أن يُوقع العتقَ بلفظ عام ويستثني البعض بصفة، ثم يدّعي وجود تلك الصّفة في البعض وهو على وجهين: إن كانت الصفة أصليّة أو عارضَة ظاهرة، كان القول قوله ٢٩٥

وإن كانت الصفة عارضة خفية لايُقبل قوله؛ لأن ظاهر الإيجاب تناوله ٢٩٦

القسم الثاني: أن يكون الإيجاب مضافا إلى موصوف بصفة، بأن يكون المفرد بالصفة مقدّما على لفظة الإيقاع، ثم ينكر ذلك الوصف في البعض ٢٩٦

والثالث: أن يكون الإيقاع معلّقا بنفي فعل، أو صفة ٢٩٦

منكر الشرط يكون منكراً للإيجاب ٢٩٧

أمّا القسم الأول: لو قال: كلّ جارية لي، فهي حرّة، إلاأمهات أولادي ٢٩٧

الأصل في الحَوادث أنه إذا لم يعلم التاريخ، يجعل كأنّهما وُجدا معًا ٢٩٩

استثناء الكل لفظًا، لا حالاً وحكماً، باطل ٣٠٠

لو قال: نسائي طَوالق إلافلانة وفلانة، وفلانة، وليس له امرأة سواهنّ ٣٠٠

لو قال: أنت طالق أربعًا إلاثلاثا، صحّ الاستثناء، وتقع واحدة ٣٠١

لو قال: كل جارية لي، فهي حُرّة، إلاجارية ثيّبا، ثم قال: هذه ثيّب ٣٠١

شهادة النساء لاتكون حجةً على قول أبي حنيفة إلا إذا تأيّدت بمؤيّد كالحَبل الظاهر ٣٠٢

ربّ الطاحونة مع المستأجر، إذا اختلفا في جرَيان الماء وانقطاعه، يجعل الحال حكما ٣٠٣

الظاهر يَصلح حجة للدفع، دون الاستحقاق ٣٠٣

لو قال: كلّ جارية لي، فهي حرّة، إلاجارية خبّازة، ثم قال: هذه خبّازة ٣٠٤

لو قال: كل جارية لي، فهي حرة، إلاجارية خُراسانية، ثم قال: هذه خراسانية ٣٠٤

الاستثناء تكلّمٌ بالباقي بعد الثنيا ٣٠٤

الجَوَاري أبكار حتى يُعلم غير ذلك، والجواري لم يلدن حتى يعلم أنهنّ قد ولَدن ٣٠٥

لو قال: كلّ جارية لي، فهي حُرة إلاجارية هي بكر، ثم قال: هذه بكر ٣٠٥

الحال لايصلح حجةً للاستحقاق ٣٠٥

صاحب اليَد في الدار، لايستحق الشفعة بيده، ما لم يقم بالبينة على الملك ٣٠٦

مسلم مات، فجاءت امرأته مسلمة وقالت: كنتُ نصرانية وقد أسلمت قبل موته وقالت الورَثة: لا ٣٠٦
كافر مات، فجاءت امرأته مسلمة وقالت: أسلمت بعد موته، وقالت الورثة: بل أسلمت قبل موته ٣٠٦
وأما القسم الثاني: إذا قال: كل جارية لم تلد، فهي حُرة، أو قال: كل جارية لي غير خبّازة، فهي حرة، ثم قال: هذه خبّازة ٣٠٧
وكذا إذا قال: كل جارية لي لم أطأها البارحة، ثم قال: وطئتُ الكلّ ٣٠٧
وأما القسم الثالث: إذا قال: كّل جاريةلي، فهي حرّة، إن كانت لم تلد منى ٣٠٧

باب اليمين التي تقع على بعض ما حلَف دون بعض ٣٠٩

في الباب فصلان: فصل في الشراء، وفصل في المَس ٣٠٩
الأصل فيه: أن اليمين يُحمَل على المتَعارَف ٣٠٩
رجل حلف بطلاق، أو عتاق، أن لايشتري ذهَبا، أو فضّة، فاشترى الدنانير بالدراهم، أو اشترى الدراهم بالدنانير ٣١٠
شراء الدراهم والدنانير، لايسمى شراء الذهب والفضة في العُرف ٣١٠
من حلف لايشتري شَعرا، فاشترى جارية، لها ذوائب شَعر ٣١١
وكذا لو اشترى دارًا في سَقفها سَبائك ذهب أو فضة ٣١١
لو اشترى نُقرة فضة، أو سَبيكة ذهب، أو تبرا، أو قُلبا من ذهب أو فضة، أو طوقاً من ذهب أو فضة ٣١١
لو حلف لايشتري حَديدا، فاشترى دِرعا أو سيفا أو سكّينا أو سَاعدين، أو بيضةً، أو إبراً، أو مسالا ٣١٢
لو اشترى درعا، أو نَصْل سيف، أو سكينا، حنث ٣١٢
ولو اشترى حديدا غير مَضروب، أو آنية، أو كانونا، أو مَسَامير حديد، أو قُفلا ٣١٢
ولو حلف: لايشتري صُفرا، فاشترى صفرا غير معمول، أو آنية ٣١٣
ولو حلف: لايشتري شبَّها، فاشترى آنية ٣١٣
ولو حلف: لايشتري خَزآ، فاشترى جلد خَز، أو شعر خز، أو ثوبا خالصًا من خز، أو ثوبا فيه خز ٣١٣
ولو حلف لايشتري قُطنا أو كتّانا، فاشترى ثوب قطن أو كتّان ٣١٤
ولو حلف لايشتري طيناً، فهذا على ما يسمى طينا ٣١٤
ولو حلف لايشتري صُوفا، فاشترى شاةً على ظَهرها صوف بدراهم، أو بصوف مجزوز ٣١٤
ولو حلف لايشتري لبَنا، فاشترى شاة في ضِرعها لبن ٣١٤

لو حلف: لايشتري رُطَبا، فاشترى كِباسَة بُسر، فيها رطب ٣١٥

حلف: لايشتري شعيرا، فاشترى حنطة فيها حبّات شعير ٣١٥

ولو حلف: لايشتري قصبًا، فاشترى تَوريا من قصب ٣١٥

وكذلك لو حلف: لايشتري شعرا، أو صوفا، فاشترى جُوالقا ٣١٥

باب من الأيمان التي يحلف ليجعلنّ من شيئ واحد شيئين فيكون أحدهما بعد صاحبه ٣١٧

بنى الباب على أن بقاء اسم الشيئ يدلّ على بقاء ذلك الشيئ، وزوال الاسم يدل على زواله ٣١٧

الأسَامي جُعلت أعلاما على المسمّيات، فزوال الاسم يدل على زوال المسمّى ٣١٧

رجل حلف: ليجعلن من هذا الثوب قَباء وسَراويل، فجعله قباء، ثم نقضه، فجعله سراويل ٣١٧

مَن حلف: لايلبس ثوبا، فلبس قباء، حنث ٣١٧

لو أشار إلى الكرباس، وحلف: لايلبَس هذا الثوب، فخاطه قباء، و لبسه ٣١٨

لو قال: عبده حر، إن لم يجعل من هذه الملحفة، أو من هذا الرداء قباء، وسَراويل ٣١٩

حلف ليقطعنّ من هذا الثوب قميصين، فقطع قميصًا، وخاطَه، ثم فتَقه، وخاطه مرّة أخرى ٣١٩

لو قال: لأقطعنّ منه قميصَين، فقطع قميصا، وخاطه، ثم فتَقه، ثم قطع قميصا آخر ٣١٩

ولو قال: ليخيطنّ من هذا الثوب قميصين، فقطع قميصا، وخاطَه، ثم فتَقه ٣٢٠

ولو قال: عبده حر، إن لم يجعل هذه الدار بُستانا، وحمّاما، فجعلَها بستانا، ثم حمّاما ٣٢٠

ولو حلف ليجعلنّ من هذه الدار منزلا وحمّاما، فجعلَها منزلا ثم جعلها حماما ٣٢٠

رجل قال: إن اشتريت أنا وفلان عبدا، فعبدي حرّ، فاشترَياه معًا، أو أحدُهما بعد الآخر ٣٢١

باب من الأيمان التي يفترق فيها الملك وغير الملك ٣٢٢

في الباب فصلان: فصل: في إضافة الملك كالدار، والعبد، وغير ذلك. ٣٢٢

وفصل: في إضافة النسبة، كالزوج، والأخ، والصديق، وغير ذلك. ٣٢٢

وكل فصل على وجهين: إما أن جمَع بين الإضافة والإشارة، أو أفرد الإضافة عن الإشارة ٣٢٢

الأصل فيه: أنه متى جمَع بين الإضافة والإشارة في إضافة النسبة، تُعتبر الإشارة دون الإضافة ٣٢٢

أجمعوا على أن في إضافة الملك إذا وُجد الفعل بعد زوال الإضافة، لايحنث ٣٢٢

واختلفوا في فصل النسبة: قال أبو حنيفة وأبو يوسف، وقال محمد: يحنث ٣٢٣

رجل حلف: لايدخل دارَ فلان هذه، أو لايكلّم عبد فلان هذا، أو لايركب دابّة فلان هذه ٣٢٣
الإضافة للتعريف، والإشارة كذلك، والإشارة أبلَغ ٣٢٣
لو حلَف: لايأكل هذا الرّطَب، فأكل بعد ما صار تمرا ٣٢٤
بخلاف ما إذا حلَف: لايكلّم هذا الصبيّ، فكلّمه بعد ما شاخ ٣٢٤
وإن أفرد الإضافة عن الإشارة، بأن قال: لا أكلّم عبد فلان، لا أركب دابّة فلان، لا أسكن دار فلان ٣٢٦
أفرد الإضافة عن الإشارة، فالمسألة على وجوه: ٣٢٦
إن دخل دارا كانت في ملكه وقت اليمين، و وقت الدخول ٣٢٦
وإن دخل دارا كانت في ملكه وقت اليمين، وهي ليست في ملكه وقت الدخول ٣٢٦
وإن دخل دارا اشتراها فلان بعد اليمين ٣٢٧
ولو قال: لا أدخل داراً لفلان، اختلفت الروايات فيه عن أبي يوسف ٣٢٧
ولو قال: لاأكلّم زوج فلانة، أو زوجة فلان، أو صديق فلان، أو أخ فلان ٣٢٧
الفصل الثاني: وهو أن جمع بين الإضافة والإشارة ٣٢٧
رجل حلَف لايكلم إخوة فلان، وهم عشرة، أو بني فلان، أو نساء فلان، لايحنث ما لم يكلّم الكل ٣٢٧
ولو حلف لايكلم عبيد فلان، وهم عشرة، أو لايركب دوابّ فلان، فكلّم ثلاثا منهم أو ركب الثلاث ٣٢٨
إن أفرد الإضافةَ عن الإشارة في هدا الفصل، فقال: لا أكلّم صديق فلان ٣٢٨
الحرّ يُقصد بالهجران لعينه، فكانت الإضافة بمنزلة الإشارة ٣٢٨
وإن حلف: لايكلم صاحب هذا الطَيْلَسَان، فكلّمه بعد ما باع ٣٢٩
لأن الإنسان لايمتنع عن كلام صاحب الطيلسان، لأجل الطيلسان ٣٢٩

باب اليمين التي تكون على ما في الملك ثم تبطل ٣٣٠
بنى الباب على أن المطلَق لايُقَيّد إلابدليل، ودليل التقييد، قد يكون صريحا، وقد يكون دلالةً ٣٣٠
رجل حلف بعتق عبده أن لا تَخرج امرأته من هذه الدار، فأبانها، وانقضت عدّتها، ثم خرجت ٣٣٠
الإضافة في الأحرار بمنزلة الإشارة. ٣٣١
لوقال: عبده حرّ إن كلّمتُ امرأة فلان هذه، فكلّمها بعد ما بانت، وانقضت عدّتها ٣٣١
وكذا إذا قال: إن قبّلتُ امرأتي فلانةَ، فعبدي حر، فقبّلَها بعد ما بانت ٣٣٣
ولو حلف: لاتخرج امرأتُه هذه من هذه الدار إلا بإذنه، فخرجت بعد ما بانت ٣٣٣

وكذا لو حلف رجل: لايخرج من البلدة إلا بإذن السلطان، أو بإذن غريم له، أو بإذن كفيل كفل بنفسه ٣٣٣
لو حلّف السلطانُ رجلاً: ليرفعنّ إليه كلّ داعرٍ يعرفه في البلد فيما يستقبل، فعرَف داعراً ولم يرفع إليه ٣٣٤
ولو حلف رجل: لايَخرج من البلد إلا بإذن فلان، أو بعلم فلان، أو بأمر فلان، أو بمشورته ٣٣٦
أصل هذا ما إذا حلف: ليشربنّ الماء الذي في هذا الكوز اليوم، فأهرَقه ٣٣٦

باب ما يقع به الحنث في اليمين أن لاينكح ولايطلّق ولايعتق ٣٣٨

بنى الباب على أن شرط الحنث، ما يعقب اليمين، لاما يَسْبقها ٣٣٨
المقصود من اليمين منع النفسِ عن المحلوف عليه ٣٣٨
الامتناع إنما يُتصوّر عمّا يوجد، لا عن الماضي ٣٣٨
لو قال: إن دخلتِ الدار، فأنتِ طالق، وقد دخلت الدارَ قبل اليمين ٣٣٨
تعريف الطلاق: "التطليق": هو التلفظ بلفظ يقع به الطلاق ٣٣٨
رجل قال لعبده: إن دخلتَ الدارَ، فأنت حر، أوقال لامرأته: إن دخلتِ الدار، فأنتِ طالق،
ثم حلف: أن لايعتق عبده، ولايطلّق امرأته ٣٣٩
شرط الحنث التطليق والإعتاق بعد اليمين بكلام يمكنه الامتناع عنه؛ ٣٣٩
كمن جرح إنسانا، ثم حلف أن لايقتل فلانا، فمات من ذلك الجرح ٣٣٩
الحكمة لايراعى وجودُها في كل فصل ٣٤٠
لو حلف: لايعتق ولايطلّق، ثم علّق الطلاق و العتاق بدخول المرأة ٣٤٠
لو قال لعبده: أعتِق نفسَك، أو قال لامرأته: طلّقي نفسكِ، ثم حلف لايطلق، أو لايعتق ٣٤٠
الإضافة تستدعي وجود الإيقاع منهما، والتفويض لايَصلح إيقاعاً ٣٤١
لو قال: أعتق نفسكَ إن شئتَ، أو قال لها: طلّقي نفسكِ إن شئتِ، ثمّ حلف: لايطلّق ٣٤١
وكذا لو قال لامرأته: أمرك بيدكِ في الطلاق ٣٤١
ولو قال لها: أنتِ طالق إن شئتِ، ثم حلف أن لايطلق، ٣٤٢
لو وكّل رجلا بالطلاق أو العتاق أو بالنكاح، ثم حلف: لايطلق ولايعتق ولايتزوج ٣٤٢
لو وكّل رجلا بأن يبنيَ داره أو يُنفق في بناء داره أو في مرمّتها ثم حلف أن لايبني أو لاينفق في بناء داره ٣٤٣
لو وكّل رجلا بالبيع، أو بالشراء، ثم حلف أن لايبيع، أو لايشتري ٣٤٣
الوكيل بالبيع والشراء أصيل في الحقوق، ولهذا كانت العُهدة ترجع إليه، لا إلى الموكل ٣٤٣

ولو حلف أن لايتزوج أو حلفت المرأة أن لاتتزوّج، وقد كان زوّج أحدهما فضوليٌّ، فأجاز بعد اليمين ٣٤٣
الإجازة ليست بتزوّج حتى لايراعى لها شرائط العقد من الشهود، والولي ٣٤٣
من حلف أن لايتزوج، فأجاز نكاح الفضوليّ بعد اليمين، لايحنث ٣٤٤
البكر إذا حلفت أن لاتزوّج نفسها، فزوّجها الوليّ، فسكتت ٣٤٧
القول من جنس العقد، من حيث أن العقد قول، أمّا الفعل لايُجانس العقد، بل يخالفه ٣٤٧
إذا شهد شاهدان على رجل أنه قال لعبده: إن دخلت الدار، فأنت حرّ، وشهد شاهدان بالدخول ٣٤٧
الحكم لايضاف إلى الشرط ٣٤٨
لو قال لعبده: أعتق نفسكَ، إن شئتَ، ثم شهد شاهدان أنه أعتق نفسه ٣٤٨

باب من الأيمان التي تكون فيها الغاية والتي لاتكون فيها غاية ٣٤٩

الأصل فيه أن كلمة «حتى» تُستعمل للغاية، لكن من شرط حَملها على الغاية أن يكون المعقود عليه
فعلا يمتدّ ٣٤٩
ما دخلت عليه كلمة «حتى» يصلح غاية ٣٤٩
غاية الشيء ما ينتهي به ذلك الشيء ٣٥٠
" قد" تستعمل للجزاء بمعنى لام كَي، لكن من شرط حمله على الجزاء أن يدخل بين فعلين،
أحدهما منه، والآخر من غيره ٣٥٠
من حكم الغاية، أن يشترط للبرّ وجودُ ما هو غاية ٣٥١
ومن حكم الجزاء أن يشترط للبر وجودُ ما هو سبب، ولايشترط وجود الجزاء ٣٥١
ومن حكم العطف أن يشترط للبر وجودهما ٣٥١
رجل قال لغريمه: إن لم ألازمك حتى تقضيني حقّي، فامتنع عن الملازمة ٣٥١
وكذا إذا قال: إن لم أضربك حتى يدخل الليل، أو حتى ينهاني، أو حتى يشفع فلان ٣٥٢
ولو قال: إن لم أُخبِر فلانا بماصَنعت حتى يضربك، فعبدي حر ٣٥٣
وكذا لو قال: إن لم آتك حتى تُغَدّينى اليوم، أو قال: إن لم تأتني حتى أغدّيك اليوم ٣٥٣
وكذا إذا قال: إن لم أضربك حتى تضربني ٣٥٣
ولو قال: إن لم آتِك اليوم حتى أتغدّى عندك، أو إن لم تأتِني اليوم، حتى تتغدّى عندي ٣٥٣

باب الإيماء والإشارة في اليمين ما كان إظهارا أو إفشاءً و ما لم يكن ٣٥٦
في الباب فصول ثلاثة: الأول: فصل الإظهار و الإعلام و الإفشاء و الإخفاء و الكتمان،
و الحكم فيه أنه يحنث بالإشارة، كما يحنث بالكتابة و الرسالة ٣٥٦
والثاني: الإخبار و الإقرار و البشارة، والحكم فيه أنه لايحنث بالإشارة، ويحنث بالكتابة والرسالة. ٣٥٦
والثالث: الكلام و الحديث، والحكم فيه أنه لا يحنث إلا بالتكلّم بلا واسطة ٣٥٦
الفصل الأول: فصل الإظهار و الإعلام و الإفشاء و الإخفاء و الكتمان ٣٥٦
رجل حلف: ليكتمنّ سرّ فلان، أو ليخفينّه، أو ليسترنّه ٣٥٧
حلف: لايُظهر سرّ فلان، أو لايفشي، فأظهَر بإشارة، أو بكتابة، أو برسالة ٣٥٧
وكذا لو قال: إن أعلمتُ فلانا بسرك لأن الإعلام فعل يلازمه العلم ٣٥٧
العلم كما يحصل بالكتابة والرسالة، يحصل بالإشارة ٣٥٧
و لو حلف: لايُعلِم أحدًا بمكان فلان، فقيل له: أفلان في موضع كذا، فأومأ برأسه بنعم ٣٥٧
وكذا لو حلف لايستخدم فلانا، فاستخدَمه بإشارة أو غيرها ٣٥٨
حيلة منقولة عن أبي حنيفة في يمين الإظهار و الإفشاء، إذا أراد أن يحصل الظهور، ولايكون حانثا ٣٥٨
حكي أن السرّاق أخذوا أموال واحد وحلّفوه بأيمان عظيمة أن لايُظهر سرّهم فجاء الرجل إلى أبي حنيفة ٣٥٩
الفصل الثاني: إذا حلف: لايُخبر بمكان فلان، أو بسرّه، أو لايبشّر به، فأخبر بكتاب أو رسالة ٣٥٩
الإخبار كما يتحقّق باللسان، يتحقق بالبنّان والكتاب ٣٥٩
إن قيل له: أ فلان في مكان كذا؟ فأومأ برأسه بنعم، أو ذهب به و أوقفه على رأسه ٣٦٠
وكذا الإقرار لايكون بالإشارة ٣٦٠
إذا قُرئ الصكّ بين يَدي إنسان، وقيل له: أهو كما كتب؟ فأشار برأسه بنعم، لايكون مُقِرًا ٣٦٠
لو حلف: لايُقر لفلان بمال، فقيل له: ألفلان عليك ألف؟ فأشار برأسه بنعم ٣٦١
لو قُرئ كتاب بين يدي إنسان، فقيل له: أهو كما قرأت عندك، فأومأ برأسه ٣٦١
إن حلف: لايُخبر ولايبشّر، ثم خرَس، فأومأ برأسه بنعم بعد السؤال عنه، أو كتَب كتابا ٣٦٢
الإشارة من الأخرس أقيمت مقام العبارة، ألاترى أنه يؤاخذ بها في الحكم ٣٦٢
حلَف لايدعو فلانا، فكتب إليه، ودعا ٣٦٢
الدعاء بالإشارة و الرسالة و الكتابة، بمنزلة الدعاء بالمشافهة ٣٦٢
الفصل الثالث: إذا حلف: لايتكلّم بكذا، فإنه لايحنث بالكتاب والرسالة ٣٦٣

لو قيل له: أفلان في موضع كذا؟ فقال: نعم، حنث في يمينه ٣٦٤
"نعم" تتضمّن إعادة ما في السؤال ٣٦٤
إن قُرئ على إنسان كتاب، و قيل له: أهو كما قُرئ؟ فقال: نعم ٣٦٤
إن خرِس الحالف بعد ما حلف: لايتكلم ولايتحدّث، فأشار أو كتب ٣٦٤

باب ما يجب فيه الإطعام مكان الصيام وما لايجب ٣٦٦

الأصل فيه: أن جواز الفدية عُرف نصا، بخلاف القياس ٣٦٦
العبادة في الصوم: الكفّ عن قضاء الشهوة، ومعنى العبادة في الطعام: سدّ خلّة المحتاج ٣٦٦
وأصل آخر أن ما وجَب بلفظة الإطعام نحو كفارة اليمين، والقتل، والظهار، والإفطار، وجزاء الصيد، يجوز فيه طعام الإباحة ٣٦٧
ما وجب بلفظة الأداء و الإيتاء نحو الزكاة، و العشر، وصدقة الفطر، لايجوز فيه إلاّ التمليك ٣٦٨
وما ورد بلفظة الصدقة نحو كفارة الحلق لايجوز فيه إلا التمليك ٣٦٩
من عجَز عن صوم رمَضان لمرض أو سفَر أو حَمل أو رضاع، بأن خافت على نفسهاأو ولدها الهلاك ٣٧٠
لايصار إلى الفدية إلاعند اليأس عن الصوم ٣٧٠
من أفطر بعذر، أو بغير عذر، ولم يقضِ حتى عجَز، وصار فانيا ٣٧١
الفدية: نصف صاع من برّ، أو صاع من تمر، أو شعير ٣٧١
ويجوز فيه طعام الإباحة، لأنه نصّ على الإطعام ٣٧١
فرّق بينه، وبين الحج، إذا مات، وعليه حَجّة، و أوصى بأن يحجّ عنه ٣٧٢
في باب الحجّ لم يعلّقه بالمشيئة عند الأمر، و في الإطعام علّقه بالمشيئة عند الأمر ٣٧٢
في دَين العباد، مَن عليه الدَين إذا أمَر غيرَه بقضاء دينه، لايتخيّر صاحب الدين في القبول ٣٧٣
كلّ مريض لم يَبرأ، أو مسافر لم يُقم، حتى مات، لاشيئ عليه ٣٧٤
إن أوصى بأن يطعموا عنه، ومات، وجب عليهم أن يطعموا عنه من ماله ٣٧٤
وإن مات، ولم يوصِ بذلك، لايجب على الورثة أن يطعموا عنه ٣٧٥
الحقوق المتعلقة بالمال، كالزكاة ونحوها، لاتجب على الورثة بعد الموت ٣٧٥
يستحبّ لكل وارث أن يسعى في تخليص مورثه عن دَين الله تعالى، كما في دين العباد ٣٧٥
مَن عليه كفارة اليمين، أو القتل، إذا لم يجد ما يكفّر به، وهو شيخ كبير، أو لم يصم، حتى صار فانيا،

لايجوز له الفدية ٣٧٥
لايجوز الإطعام في كفارة القتل ٣٧٦
المتمتّع إذا لم يجد الهدْي، ولم يَقدر على الصوم، لايجزئه الفدية عن الصوم ٣٧٦
و كذلك في كفارة الحلق عن الأذى ، إذا لم يقدر على الإطعام، و النّسك ٣٧٦
الفدية عُرفت بدلاعن صوم هو واجب على سبيل التعيين، لاغير ٣٧٧
طعام التمليك مقدّر بنصف صاع، أمّا طعام الإباحة أكلتّان مُشبعتان ٣٧٧
المستحبّ هو الغداء والعشاء؛ لأن السحور سُمّي غداء، إلاّ أنه ليس بغداء حقيقة ٣٧٨
لو أفرط إنسان في الأكل، فأكل في الغداء أو العشاء مقدارَ أكلتين، لايجوز إلاّ عن أكلة واحدة ٣٧٨
عن أبي يوسف : من عَال يتيما، فأطعمَه وكساه، جاز أن يجعله عن زكاة ماله ٣٧٨

كتاب النكاح: ٣٧٩

باب النكاح على العتق وعلى التزويج والعفو عن دم العمد ٣٧٩

إنّ النكاح لم يشرع بدون المهر ٣٧٩
ما ليس بمال لايصلح مهرا ٣٧٩
إذا شرط للمرأة مع المسمّى شرطا تنتفع به، فإن وجد الوفاء بالشرط، لم يكن لها إلا المسمّى ٣٨٠
إن لم يسلّم لها الشرط، كان لها تمام مهر مثلها ٣٨٠
وإن كان شرطا لاتنتفع به المرأة، كان لها المسمّى، سواء وفَى بالشرط أو لم يف ٣٨٠
رجل تزوج امرأة على عتقِ أخيها، أو على طلاق فلانة، أو على دم عَمد له عليها ٣٨٠
المقابَلة تقتضي تعلّق كلِ واحد منهما بقبول الآخر ٣٨١
إذا تزوجها على أن يعتِق أخاها أو على أن يعفوَ عنها أو على أن يطلّق فلانةأو على أن لايخرجها من البلد ٣٨١
لو تزوّجها على مائة درهم، و على عتقِ أخيها، أو طلاق فلانة، أو دم عمد له عليها ٣٨٢
وإن تزوّجها على مائة درهم، و على أن يعتق أخاها، أو على أن يطلّق فلانةً، أو على أن لايخرجها
من البلد، أو يعفو عنها ٣٨٢
إيجاب العبد معتبر بإيجاب اللّٰه تعالى ٣٨٣
رَوى الحسن عن أبي حنيفة : أنه ليس لها إلا المسمّى، والصحيح ما ذكرنا في ظاهر الرواية؛ ٣٨٣

لو تزوّجها على عتق أخيها عنها،	٣٨٣
رقبة الأخ تَصلَح صَداقا؛ لأنه مال متقوّم، فإن طلّقها قبل الدخول بها، غرمَت نصف قيمة الأخ	٣٨٣
لو تزوّجها على أن يعتق أخاها عنها، كان رقَبة الأخ صَداقاً، ويعتق الأخ، ولا يحتاج إلى الإعتاق	٣٨٤
الجواب عن إشكال	٣٨٤
لو طلّقها قبل الدخول، غرمَت نصف قيمة الأخ، والمهر يثبت بالنكاح	٣٨٤
لو تزوجها على ألف، وعلى أن يعتق عبدا من عبيده بعينه، لاقَرابة بينها وبين العبد	٣٨٤
شرط إعتاق الأجنبي لَغو، بخلاف إعتاق القريب، لأن لها فيه فائدة	٣٨٥
لو تزوجها على ألف، وعلى أن يعتق عنها هذا العبد الأجنبيّ، فقَبلت	٣٨٥
إذا كان للرجل على امرأة دم عمد، فتزوجها على أن يعفوَ عنها، لأن العفو ليس بمال	٣٨٥
إن تزوجها على العفو عنها، يسقطُ الدّم بنفس العقد	٣٨٦
إن تزوجها على مائة درهم، وعلى أن يعفو عنها، فإن عفا،	٣٨٦
إن جعَل النكاحَ شرطا في العفو، فقال: عفوتُ عنكِ على أن تزوجينى نفسكِ	٣٨٦
كما لو قال: أنتِ طالق على أن تعطينى ألف درهم، فقبلت	٣٨٦
النكاح لايصير واجبا بالالتزام.	٣٨٧
بخلاف ما إذا صالح عن الدم على خمر أو خنزير حيث يسقط الدم	٣٨٧
رجل أعتق أمَته على أن تزوّج نفسَها منه، فقبلت،	٣٨٨
وإن أبَت أن تتزوج، لم تجبر لأنها صارت حُرّة، فلاتجبر على النكاح، ولكنها	٣٨٨
العتق بعد وقوعه لايحتمل النقض	٣٨٩
كما لو أعتق عبده على خمر، أو خنزير، وكما لو باع نفس العبد منه بجارية	٣٨٩
البضع ليس بمتقوّم في نفسه، وإنما يصير متقوّما بالعقد	٣٨٩
المولى إذا أعتق عبده المديون، وهو معسَر	٣٩٠
وكذا المريض إذا أعتق عبده، وعليه دَين	٣٩٠
تبرّع المريض إن كان مما يحتمل النقض	٣٩٠
وإن زوّجت نفسَها منه، إن سمّى لها مهرا، كان لها المسمّى	٣٩١
النكاح لم يُشرع إلا بمال يستحقّ بالنكاح	٣٩٣
بخلاف ما إذا تزوجها على دَين له عليها،	٣٩٣

عن أبي يوسف رواية أخرى، وهو قول زفر، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية ٣٩٤
إن قال لها: تزوجتكِ على أن أعتقك، إن قال لها: تزوجتكِ على عتقك، أو قال:
أعتقتكِ على نكاحك، فقبلت ٣٩٤
امرأة أعتقت عبدَها على أن يتزوّجها، فقبل، عتق ٣٩٥
رجل تحته أمَة لرجل، قال له مولى الأمَة: طلّقها على أن أزوّجك أمَتي هذه الأخرى ٣٩٦
الأب إذا خالع ابنَته الصغيرة على مالها، لم يجُز ٣٩٧
رجلان تحت كل واحد منهما أمَة صاحبه، فقال كل واحد منهما للآخر: طلّق أمَتي على أن أطلق أمتك ٣٩٨
إذا كان للصغير دم عمد على رجل، فصالَح الأب على الدية يجوز ٣٩٨
امرأة قالت لعبدها: أنتَ حرّ على أن تزوجني على ألف، فقبل عتق ٣٩٩

باب من نكاح الأمة التي يتزوّج عليها ولا يفسد النكاح حتى ترجع إليه الجارية ٤٠٠
بنى الباب على أن ملك اليمين إذا طرأ على ملك النكاح، أبطله، و إذا قارَنه، يمنع ثبوته ٤٠٠
و أصل آخر: أن مَن قضى دَين غيره بأمره، يَصير مُقرضا من المديون ٤٠٠
حرّ تحته أمَة لرجل، فتزوج حرّة على رقبتها، بإذن مولاها، أو بغير إذنه، فبلَغه، فأجاز ٤٠١
قضاء الدين كما يصحّ بقرض موجِب حقيقة الملك، يصحّ بقرض موجِب حقّ الملك. ٤٠١
لو أنّ الحرة قبضتَها من المولى، ثم إن الزوج طلّق الحرّة قبل الدخول بها، ٤٠٢
لو ارتدّت ـ والعياذ بالله تعالى ـ أو قبلت ابن زوجها ٤٠٣
العبد المغصوب إذا أبق من الغاصب، ثم عاد من الإباق، ٤٠٥
إذا وهب المشترى المبيع وسلّم، وقضى القاضي عليه بالقيمة، ثم رجع في الهبة ٤٠٥
إن قضى القاضي بالجارية للمولى بعد ذلك، لم ينفذ إعتاقه ٤٠٦
ولو لم تكن الأمة منكوحةً، ولكنها ذات رَحم مَحرم منه، فتزوج حرةً على رقبتها بإذن المولى ٤٠٧
في كل موضع فسد النكاح ثمّة، تعتق الأمة هنا، وما لا فلا ٤٠٧
لو قال لمولى الأمة: زوّجني امرأةً، فزوّجه حرة على رقبتها، جاز النكاح ٤٠٧
لو زوّجه امرأةً على ألف، ونقَد الألف من مال نفسه، لايرجع عليه ٤٠٨
الأصل: أن من تبرّع بقضاء دَين الغير، ثم انفسخ ذلك القضاء، فإن ما وقع به التبرّع، يعود إلى
مِلك المتبرع، لاإلى مِلك المديون ٤٠٨

من تبرّع بقضاء دَين الميّت، يصحّ ٤٠٨
لو لم تكن الأمة منكوحةً، ولكنها ذات رحم محرم منه، لاتعتق ٤٠٨
رجل تزوّج حرّة على أمة، فاستُحقّت الأمة، فعليه قيمتها ٤٠٩
لو تزوّجها على دارٍ، على أن يشتري لها هذه الدار، ويُعطيها مهرا، جاز ٤٠٩
لو أن القاضي لم يقضِ لها بقيمة الأمة، حتى اشتراها الزوج من المستحق ٤٠٩
تسمية مال الغير مهرا، يوجب لها حق التّملك عند القدرة، وقد قدر. ٤٠٩
لو أن الزوج لم يدفعها إلى المرأة، ولم يقض القاضي لها، حتى أعتقها، ٤٠٩
حرّة تحت عبد، قالت لمولاه: أعتق عبدك عني على ألف درهم ٤١٠
حرّ تحته أمة، قال لمولى الأمة: أعتقها عني على ألف درهم، ففعل ٤١٠

باب إتيان المرأة في غير الفرج ٤١١

أصل الباب أن اللواطة لا توجب حدّ الزنا في قول أبي حنيفة، وعندهما توجب، ٤١١
رجل أتى امرأة ليست بمنكوحة له ولا أمة له في دبرها، فعليهما الحد ٤١١
منها: أنه يجب الاغتسال بنفس الإيلاج على الفاعل والمفعول به. ٤١٢
إن كان رجلا، جعَل الإيلاج في الدبر، بمنزلة الإيلاج في القبل ٤١٢
لو أتى بهيمةً، لايجب الحد بالإجماع، ولايجب الغسل ما لم ينزل ٤١٣
لو قذَف رجلا بعملِ قوم لوط، أو بإتيان المرأة الأجنبية في الدبر، عندهما يجب حد القذف ٤١٣
لو قذف زوجتَه بذلك، عندهما يجب اللّعان، وعنده لا. ٤١٤
لو قال: يا لوطي! لايجب الحد بالاتفاق ٤١٤
لو تزوج امرأةً نكاحا فاسدا، فأتاها في دبرها، لايجب الحد، ولا العُقر، ولا العدّة، ٤١٤
تقويم البضع في النكاح الجائز، والوطء عن شبهة، أمرٌ عُرِف شرعًا بخلاف القياس ٤١٤
لو كان النكاح جائزا، وأتاها في دبرها، لايتأكّد به المهر ٤١٦
روى هِشام عن محمد رحمهما الله: أنه يتأكّد به المه ٤١٦
لو نظر إلى موضع الجماع من دبر أجنبية بشهوة، لاتثبت حُرمةُ المصاهرة ٤١٦
النظر إلى دبر الغلام لايحرم نكاح الأمّ والبنت ٤١٦
إن سبب الجزئيّة، يقام مقام الجزئية احتياطًا، ٤١٦

لو طلّق امرأته طلاقا رجعيا، ونظر إلى دبرها بشهوة، أو أتاها في دبرها، لايصير مراجعا ٤١٦
حكى ابن رستم عن محمد رحمهما الله أنه كان يقول بحرمة المصاهرة، ٤١٧
لو أتى امرأة في دبرها، لاتحرم عليه أمّها وبنتها. ٤١٨
إن المسّ بشهوة، إذا اتصل به الإنزال، لايوجب حرمة المصاهرة ٤١٨
إذا قال لامرأته: دبرك طالق، لايقع الطلاق، وكذا لو قال لأمته: دبرك حرّ، لاتعتق ٤١٨

باب المكاتب تملكه امرأته ٤١٩

بنى الباب على أن حقّ الملك يمنع ابتداء النكاح، ولايمنع البقاء ٤١٩
اعتبار شبهة الملك، إن كان يمنع النكاح، فاعتبار العدم لايمنع، فوقع الشك ٤١٩
المولى إذا تزوج بجارية، من أكساب مكاتبه، لايجوز والمكاتَب إذا اشترى منكوحة مولاه، لايفسد النكاح ٤١٩
أصل آخر: أن الدّيون إذا اجتمعت، وضاق المحل عن الوفاء بها، يبدأ بالأقوى فالأقوى ٤١٩
رجل زوّج ابنته البالغة برضاها من مكاتبه، جاز ٤٢٠
و إن كانت صغيرة فعند أبي حنيفة كذلك، وعندهما لايجوز ٤٢٠
فإن مات المولى وهو معتق رجل ولم يدَع مالاً آخر وترك ابنته، ومولاه الذى أعتقه، لايبطل النكاح عندنا ٤٢٠
فإن طلّقها المكاتب بعد ذلك طلاقا رجعيا، كان له أن يراجعها ٤٢٠
وإن طلّقها بائنا، وأراد أن يتزوّجها، لايجوز ٤٢٠
إن مات المكاتب بعد موت المولى، وترك ثلاثة آلاف درهم، وبَدل الكتابة ألف، والمهر ألف، يبدأ بالمهر ٤٢٠
إن مات المكاتب قبل الدخول، بعد موت المولى، وترك ألفا، تصرف إلى بدل الكتابة؛ ٤٢٢
إن ظهر للمكاتب مال من دَين أو وديعة، استوفَت صَداقها من ذلك ٤٢٢
إن كان دخل بها، والمسألة بحالها، فإن لم يكن مع البنت وارث آخر، فكذلك ٤٢٢
إن كان لأبيها وارث آخَر، وقد دخل بها، يبدأ بالمهر هنا ٤٢٢
المرأة إذا ملكت بعض زوجها بعد الدخول، لايسقط كل المهر، وإنما يسقط بقدر ما ملكت ٤٢٣
الأصل: هو البداية بالمهر، إلاّ إذا أدّى ذلك إلى إبطال كل المهر ٤٢٣
إن ترك المكاتب أقلّ من ألف درهم، فقد مات عاجزا على كل حال فإن كان قبل الدخول، يسقط كلّ المهر

٤٢٣
وإن كان المكاتَب تَرك ألفَي درهم، يبدأ بالصداق ٤٢٤
لو لم يمت المكاتب، ولكنّه عجَز، فسَد النكاح بينهما. ٤٢٥
فإن كان في يد المكاتب ما لايفي ببدَل الكتابة، يُحكم بعجزه، وإن كان في يده مايَفي ببدل الكتابة،
لايُحكم بعجزه ٤٢٥

كتاب الطلاق: ٤٢٦

باب من المشيئة والمحبّة والإرادة ٤٢٦

في الباب عشرة ألفاظ، أربعة منها ألفاظ التمليك، وستة ليست للتمليك ٤٢٦
الأصل فيه: أن حرف الباء للإلصاق ٤٢٦
حرف اللام للتعليل ٤٢٧
كلمة "في" للظرف حقيقة ٤٢٧
رجل قال لامرأته: أنتِ طالق بمشيئة الله، أو بمحبّته، أو بإرادته، أو برِضاه، ٤٢٧
إن قال: بمشيئة فلان، أو بمحبّته، أو بإرادته، أو برضاه، أو بهواه، كان تمليكا ٤٢٨
إن قال فلان في المجلس: شئت، أو رضيت، أو ما أشبه ذلك، يقع وإلاّ فلا. ٤٢٨
وفي غير ألفاظ التمليك بأن قال: بأمر الله، أو بإذن الله، أو بحكم الله،
أو بعلم الله، أو غيرها من الألفاظ، يقع الطلاق ٤٢٨
إلصاق الطلاق بالمشيئة أو غيرها في معنى التعليق، ٤٢٨
حرف الباء كما يستعمل في الماضي، يستعمل في المستقبل أيضا ٤٢٩
في ألفاظ التمليك يراد بها المستقبل عُرفا ٤٢٩
وفي غير ألفاظ التمليك يراد بها، الموجود في الماضي عرفا ٤٢٩
وإن ذكر بحرف اللام، يقع الطلاق في الألفاظ كلّها، أضاف إلى الله تعالى، أو إلى العباد؛ ٤٣٠
إن ذكر بكلمة في لايقع الطلاق في الألفاظ كلّها للحال، ويكون تعليقا،
أضاف إلى الله تعالى أو إلى العباد ٤٣٠
لأن كلمة "في" إذا أضيف إلى ما لايعرف وجوده، يكون تعليقا ٤٣٠

لو قال: أنتِ طالق في دخولك الدار، لايقع الطلاق ما لم تدخل ٤٣١
" في " للظرف حقيقة، فإذا دخل على الفعل، والفعل لايَصلح ظرفاً، يجعل مجازا عن الشرط ٤٣١
مَشيئةُ الله، وإرادته، وحكمه، وإن كانت موجودة، إلاّ أنها غير ظاهرة لنا ٤٣١
بخلاف قوله: أنتِ طالق في علم الله، فإنه يقع الطلاق في الحال ٤٣١
لو قال: أنتِ طالق في قدرة الله تعالى، لايقَع ٤٣٢
قالوا: هذا غلَط، بل يقع الطلاق في الحال، كما في العلم، والصحيح أنه لايقع ٤٣٢
لو قال: أنتِ طالق في قول القضاة، أو في قول الفقهاء، أو في قول فلان القاضي، أو فلان المفتي، أو في القضاء، أو في القُرآن، يقع الطلاق قضاءً ٤٣٣

باب الطلاق الذي يقع على واحدة بغير عينها ثم يكون عليها بعينها والعتاق في ذلك ٤٣٤

أصل الباب: أن الطلاق والعتاق كما يَصحّ في المعلوم، يَصحّ في المجهول ٤٣٤
الطلاق والعتاق يقبلان التعليق بسائر الشروط ٤٣٤
وحرف آخر: أن البيان في الطلاق المبهَم، والعتاق المبهَم، إنشاء من وجه، إظهار من وجه؛ ٤٣٤
لو قال لامرأتَيه قبل الدخول بهما: إحداكما طالق ثلاثا، والأخرى واحدة، بانتّا جميعا ٤٣٥
في الباب فصلان: فصل في العتق المبهم، وفصل في الطلاق المبهم.
أما الفصل الأوّل في العتق المبهم: ٤٣٥
رجل له ثلاثة أعبُد، دخل عليه اثنان، فقال: أحدكما حرّ، ثم خرج أحَدُهما، ودخل الثالث، فقال: أحدكما حرّ، فما دام حيّاً، يؤمَر بالبيان ٤٣٦
فإن مات المولى قبل البيان، شاع العتق بينهم على اعتبار الأحوال ٤٣٧
فإن أراد بالكلام الثاني الداخل، عتق كلّه، وإن أراد به الثابت، عتق نصفه ٤٣٧
على قول محمد رحمه الله سهام الوصايا ستّة ٤٤٠
فصل الطلاق المبهم: ٤٤١
رجل له ثلاث نسوة، لم يدخل بواحدة منهنّ، دخل عليه امرأتان، فقال: إحداكما طالق ٤٤١
فرّق لأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله بين الطلاق والعتاق ٤٤٣
رجل تحته حرّة وأمَة قد دخل بهما، فقال: إحداكما طالق ثنتين،

فأعتقت الأمة، ثم مرض الزوج، وبيّن الطلاق في الأمة، حرمت حرمةً غليظة ٤٤٥
وإن مات الزوج في ذلك المرض، كان للمعتقة الميراث ٤٤٥
لو أنشأ الطلاق في هذه الحالة، كان مردودا عليه، وكان لها الميراث ٤٤٥
أما الأمة: فلو وقع الطلاق عليها لاشيء لها، ولو وقعا على الحرة، كان لها النصف ٤٤٦
لو كانتا أمَتين، فطلّق إحداهما ثنتين، ثم أعتقتا، ثم بيّن الزوج في المرض، فإنها تحرم حرمة غليظة ٤٤٧
لو قال لعبدين له في صحته: أحدكما حر، وقيمة أحدهما ألف، وقيمة الآخر مائة، ثم بيّن العتق
في مرضه، في كثير القيمة، يعتبر ذلك من جميع المال ٤٤٨
رجل تحته أمَتان لرجل، فقال المولى: إحداكما حرّة، ثم قال الزوج: التى أعتق المولى منكما طالق ثنتين ٤٤٩
فإن كان الزوج هو الذي بدأ فقال: إحداكما طالق ثنتين، ثم قال المولى: التي طلّقها الزوج منكما حر ٤٤٩
رجل قال لأمَتين له: إحداكما حرة، فجاء إنسان، وقطع أيديهما، كان على القاطع أرْش الأمتين للمولى ٤٥٠
رجل قال لأمتين تحته: إحداكما طالق ثنتين،
ثم اشترى إحداهما بعينها، يقع الطلاق على الأخرى ٤٥١
لو اشتراهما معا، بطل نكاحهما، ولايملك تعيين إحداهما للطلاق؛ بعد ذلك ٤٥٢
فإن وطيء إحداهما، تعيّنت الأخرى للطلاق ٤٥٢

باب الطلاق الذي يقع في الأوقات المتفرقة ٤٥٣

بني الباب على أنّ من جمَع بين طلاقين، وذكر عَقيبَهما مالاً، يكون المال مقابلا بهما، منقسما عليهما ٤٥٣
الجمع بين البدل وما ينافيه ممتنع ٤٥٣
إلغاء الوصف المنافي للبدل أولى ٤٥٣
رجل قال لامرأته بعد الدخول: أنتِ طالق الساعة واحدة،
على أنكِ طالق غدا أخرى بألف، فقبِلت، يقع في الحال واحدة بخمس مائة ٤٥٣
البائن لايلحق البائن ٤٥٥
لو قال لامرأته بعد الدخول، في طهرٍ لاجماع فيه:
أنت طالق ثلاثا للسنة بألف درهم، فقبِلت، تقع في الحال واحدة بثُلث الألف ٤٥٥
عدم وجوب المال لايمنع وقوع الطلاق ٤٥٥
كمن قال لامرأته الصغيرة: أنت طالق بألف، فقبِلت، يقع الطلاق ٤٥٦

ولو قال لامرأته، وقد دخل بها: أنتِ طالق الساعة واحدة، أملك الرجعة أو بغير شيء، على
أنكِ طالق غدا أخرى بألف درهم، فقبلت، يقع في الحال واحدة بغير شيء، ٤٥٦
لو قال: أنت طالق اليوم تطليقة بائنة، على أنك طالق غدا أخرى بألف، وقعت للحال تطليقة بغير شيء ٤٥٦
كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن ٤٥٧
قال لغيره: أعطيك هذا العبد هبةً، أو صدقة، أو بغير شيء، على أن أبيعك هذا العبد بألف
ويكون الكلّ فاسدا لإدخال الصّفقة في الصفقة. ٤٥٧
لو قال: أنتِ طالق الساعة واحدة أملك الرجعةَ، على أنك طالق غدا أخرى أملك الرجعةَ بألف،
لو خَصّ الثانية بهذا الوصف، فقال: أنت طالق الساعة واحدة، على أنك طالق غدا أخرى،
أملك الرجعة بألف ٤٥٩

باب الرجل يطلّق بعض نسائه ولايَنويها بعينها فتحرم عليه بعد ذلك برضاع أو غيره ٤٦١

بني الباب على ما تقدّم أن إيقاع الطلاق كما يَصحّ في المعَيّن، يَصحّ في المنكر، والبيان فيه إنشاء في حق
المحل، فيُشترط لصحته قيام المحل ٤٦١
رجل تحته امرأتان رضيعَتان، فقال: إحداكما طالق ثلاثا، فجاءت امرأة، وأرضعَتهما قبل البيان معاً، أو على
التعاقب، بانَتا ٤٦١
الطلاق المبهَم فيما يرجع إلى المحل غير واقع ٤٦١
رجل له أربع نسوة لم يدخل بواحدة منهن، فقال: إحداكن طالق، فتزوّج خامسةً من ساعته، جاز ٤٦٢
الطلاق المبهم واقع في حق الزوج، غير واقع فيما يرجع إلى المحل ٤٦٢
فإن كان تحته ثلاث رضيعات، فقال: إحداكن طالق، ثم جاءت امرأة وأرضعتهن على التعاقب ٤٦٢
فإن قال لامرأتين له قبل الدخول: إحداكما طالق ثلاثا، والأخرى واحدة، ثم تزوّج واحدة م ٤٦٤
حربيّ له أربع نسوة، فسُبي وسُبين معه، بطل نكاح الكل في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ٤٦٥
حربيّ تحته ثمان نسوة، فأسلم وأسلمن معه، على قول محمد والشافعي يختار أيّ أربع منهن شاء ٤٦٦
لو سبى مع امرأتين، وأخرِجوا إلى دار الإسلام، لم يفسد نكاح المأسورتين ٤٦٧
لو كان طلق في دار الحرب ثِنتين بغير أعيانهما، ثم سبى، وسبى الأربع معه، بنّ جميعا ٤٦٨
لو أن حربيا تزوج امرأة، وابنتها في دار الحرب، ولم يدخل بواحدة منهما، ثم أسلموا ٤٦٨

على قول محمد: بطل نكاح الأمّ دون البنت، كيف ما تزوج ٤٦٨

باب الخلع بالمال والعتق والبيع والنكاح والإجارة يجب بمحضر من صاحبه، ويبطل إذا كانا متفرقين ٤٦٩

بني الباب على أصلين: أحدهما: أنّ الخُلع بمنزلة اليمين في جانب الزوج؛ العتق على مال من جانب المولي، بمنزلة الخلع من جانب الزوج، وبمنزلة الخلع من جانبها في حق العبد ٤٦٩ ٤٧٠

أصل آخر: أن الواحد يَصلح عاقدا من الطرفين في الخلع، إذا كان البدل مقدّرًا، ٤٧٠

رجل قال لامرأته: خلعتُك بألف درهم، أو بعتكِ طلاقَك بألف درهم، أو طلّقتك على ألف درهم، فقام الزوج عن مجلسه والمرأة جالسة، أو قال الزوج: رجعتُ عن ذلك، فقبلت المرأة، صَحّ قبولها، ٤٧٠

لو قال الزوج ذلك والمرأة غائبة، فبلّغها بعد أيام، فقبلت في مجلس علمها، صَحّ قبولها، ٤٧١

لو قال: إذا جاء غد فقد طلّقتها بألف درهم، فقبلَتْ غدا، يَصحّ قبولها، ٤٧١

لو قال: إذا جاء غد فطلّقي نفسك بألف درهم، ثم أراد أن يرجع عنه فلايصح رجوعه ٤٧٢

فإن بدأت المرأة فقالت: طلّقت نفسي بألف درهم، أو اشتريت طلاقي منك بألف درهم، أو خلعت نفسي بألف درهم، ثم قامت أو رجعت، فقبِل الزوج، لايصح قبوله ٤٧٢

فإن قالت ذلك وهو غائب، فبلّغه، فقبِل، لم يَصحّ قبوله؛ ٤٧٣

إذا أرسلَت بذلك رسولا إلى زوجها، فقالت: خلعت نفسي من زوجي بألف درهم، فاذهَب يا فلان! وأخبِره بذلك، فإذا أتاه الرسول، وقال الزوج: قبِلتُ، صَحّ ٤٧٣

رجل قال لغيره: قد بعتُ عبدي هذا من فلان الغائب بألف درهم، فاذهَبْ يا فلان! فأخبِره بذلك، فلم يذهب الرسول، وذهب غيرُه، وأخبَرَه، فقبِل الغائب البيعَ جاز؛ ٤٧٤

أمير العسكر إذا باع الغنائمَ في دار الحرب، ثم أمَر مناديا ينادي: مَن اشترى شيئا فقد أقَلْتُه، ففعل وقَبلوا إقالتَه صحت الإقالة ٤٧٤

لو قالت المرأة لزوجها: إذا جاء غد، فطلّقني بألف درهم، كان له أن يطلّقها بألف، إذا جاء غد ٤٧٥

رجل قال لعبده: أنت حر بعد موتي على ألف درهم، فالقبول بعد الموت ٤٧٥

ولو قال: أنت حر على ألف بعد موتي، يعتبر القبول في الحال ٤٧٦

لو قال لامرأته: أنتِ طالق غدا إن شئت، كانت المشيئة إليها في الغد، ٤٧٦

ولو قال لها: إن شئت فأنتِ طالق غدا، كانت المشيئة إليها في الحال ٤٧٦

لو قال لامرأته : أنت طالق على ألف إن تزوجتك ، عند أبي حنيفة يُعتبر القبول بعد التزوّج ٤٧٨
لو قال لامرأته : أنت طالق إن شئت إذا شئت ، أو قال : أنت طالق إذا شئت إن شئت ، هما سواء ٤٧٨
لو قال لامرأته : أنت طالق غدا على ألف إن شئت ، فقالت : شئتُ ، لايقع حتى يقول الزوج : قبلت ٤٧٨

باب المهور التي تجب للنساء والميراث ٤٧٩
بنى الباب على ما عُرِف أن إيقاع الطلاق يَصحّ في المجهول ، كما يَصحّ في المعلوم ، ويرجع في البيان إلى المُجمِل ، فإذا فات البيان بموته ، يجب التنزيل على اعتبار الأحوال ٤٧٩
في الباب فصول ثلاثة : ٤٧٩
أما الفصل الأوّل : رجل له ثلاث نسوة ، دخل بواحدة ، ولم يدخل بغيرها حتى قال : إحداكنّ طالق واحدة ، ثم مات قبل البيان ، ففي المسألة حكمان : حكم المهر ، وحكم الميراث ٤٧٩
لو قال : إحداكنّ طالق واحدةً ، والأخرى ثلاثاً في صحته ، والمسألة بحالها ٤٨٢
لو كان الزوج قال في حال حياته قولَه : قد أوقعتُ الثلاث على إحدى غير المدخولتين ٤٨٦
رجل تزوّج بأربع نسوة ودخل بواحدة منهن ، ثم قال في صحته : إحداكن طالق واحدة والأخرى ثلاثا ٤٩٠
لو كان دخل بثنتين منهن والمسألة بحالها ٤٩٣
الفصل الثاني : رجل تزوّج بثلاث نسوة ، ودخل بواحدة ، فقال في صحته : إحدى نسائي طالق واحدة أو ثلاثا ، ومات قبل البيان ، ٥٠٢
لو كنّ أربعا ، ودخل بواحدة ، فقال : إحداكنّ طالق ثلاثا أو واحدة ، ومات قبل البيان ، ٥٠٣
الفصل الثالث : رجل له ثلاث نسوة ، لم يدخل بواحدة ، دخل عليه ثنتان ، فقال : إحداكما طالق ، ثم خرجت إحداهما ، ودخلت الأخرى ، فقال : إحداكما طالق ، ثم مات قبل البيان . ٥٠٦
رجل تزوج ثلاثا في عقدة ، وثنتين في عقدة ، وأربعاً في واحدة ، ودخل بثنتين لايعرفان ، ثم طلّق إحدى نسائه ثلاثا ، والأخرى واحدة ٥٠٨

باب من الحيض الذي تصدّق فيه المرأة أو تكذّب على الطلاق والعتاق المعلّق به ٥١١
مَن أنكر شرطَ وقوع الطلاق المعلّق أو العتق المعلق ، قُبل قولُه ٥١١
إن التعليق ليس بسبب عندنا ، وإنما يصير سببا عند الشرط ، أما الإضافة فهو سبب في الحال ٥١٢
أصل آخر : أن المرأة إذا أخبرَت عن الحيض أو الطهر في وقته ، قُبل قولُها ، ٥١٢

وأصل آخر: أن من أخبرَ عن شيءٍ يملك إنشائَه، لايكذّب فيه، ٥١٣
إن الوكيل بالبيع إذا أخبر عن البيع حالَ قيام الوكالة، قُبل قوله، ٥١٣
الزوج إذا أخبر عن الرجعة، قُبل قوله حالَ قيام العدّة، ٥١٣
الفصل الأول: رجل قال لامرأته بعد الدخول، وهي من ذوات الحيض: أنتِ طالق للسنّة ٥١٤
فإن حاضت وطهُرت، فقال الزوج: كنت جامعتُها في الحيض، فأنكرت ٥١٦
لو ادّعى أنه طلّقها في حيضها، إن قال ذلك وهي حائض، كان القول قوله، ٥١٧
قال: زينب طالق، وله امرأة معروفة بهذا الاسم، فقال: لي امرأة أخرى بهذا الإسم، ٥١٧
لو قال لامرأته: إن لم أجامعك في حيضك، فأنت طالق ٥١٨
لو قال لامرأته: والله لاأقرّبك أربعة أشهر، كان مُوليا، ٥١٨
لو قال لامرأته: إن لم أقربك أربعة أشهر فأنت طالق ٥١٩
التمسّك بالظاهر يصلح للدفع، لا للإيجاب ٥١٩
إذا آلى من امرأته قبل الدخول، ثم قال في الأربعة الأشهر: قد جامعتها، قُبل قوله ٥٢٠
رجل قال لامرأته المدخولة: أنتِ طالق للسنّة فقالت المرأة: كنت طاهرة لم تقربْني فيه ٥٢٠
ولو حاضت وطهرت، ثم ادّعى الزوج قربانها في الحيض، لايقبل قوله، ٥٢٠
الفصل الثاني: رجل قال لامرأته: إذا حضتِ فعبدي حر فقالت: حضت، وكذّبها الزوج، فالقول قوله ٥٢٠
فإن قالت: رأيت الدمَ الساعة، وصدّقها الزوج، ورفع العبد الأمرَ إلى القاضي، فإنه يوقف العبد ٥٢١
فإن قال الزوج في الأيام الثلاثة: قد انقطع دمك، وصدّقته المرأة، وأنكر العبد، كان القول قولها ٥٢٣
ولو قال الزوج بعد لأيام الثلاثة: قد انقطع دمك في الأيام الثلاثة، وصدّقته المرأة، وانكر العبد ٥٢٣
لو علّق بحيضها طلاق امرأة أخرى، فقال: إذا حضت فهذه المرأة طالق، فقالت: قد حضتُ
أو رأيت الدم، وأنكر الزوج، ٥٢٤
فإن قال الزوج في الأيام الثلاثة: قد انقطع الدم، لم يُقبل قوله، ٥٢٤
رجل قال لامرأته وهي حائض: إذا طهرتِ فعبدي حر، فقالت بعد أيام: طهرتُ واغتسلت، لم يقبل
قولها إذا كذّبها الزوج ٥٢٥
فإن قالت المرأة بعد ذلك في العشرة الأيام: قد عاوَدني الدم، وصدّقها الزوج، وكذّبها العبد
الفصل الثالث: امرأة عادتها في الحيض خمسة أيام، فقال الزوج: إن حضتِ هذه المرّة ستة أيام فعبدي حر
٥٢٦

إن قالت: رأيت الدم ستة أيام، وأنا أرى الدم بعد، وصدّقها الزوج، لايعتق العبد، بل يتوقّف ٥٢٦
إن قالت في العشرة: قد انقطع دمي، وكذّبها الزوج، كان القول قولها، ٥٢٧
إن قال العبد في العشرة: انقطع دمك، وأنكرت المرأة والزوج، فالقول في ذلك قول الزوج والمرأة، ٥٢٧
إن قالت في العشرة: انقطع دمي واغتسلت، وكذّبها الزوج، وصدّقها العبد ٥٢٧
امرأة عادتها في الحيض خمسة أيام في كل شهر، فطلّقها الزوج ثلاثا في مرضه، ٥٢٧
رجل قال لامرأته: إذا حضتِ فعبدي حر، فقالت: حضتُ الساعة، وصدّقها الزوج، ٥٢٩
إن قالت: رأيت الدم، وصدّقها الزوج، ثم قالت في الأيام الثلاثة أو بعدها: طهرت من الحيضة الأولى ٥٢٩
لو كان المولى هو الذي ادّعى أنها كانت طهُرت قبل هذا الدم عشرة أيام، وقالت المرأة: طهرت منذ شهر ٥٣٠
رجل قال لامرأته: إذا طلّقتكِ طلاق السنّة، فعبدي حر، ثم قال لها: أنتِ طالق للسنة، فلما
حاضت وطهرت، قال الزوج: قد كنت جامعتها في الحيض ٥٣٠
لو آلى من امرأته، ثم قال: إذا وقع عليكِ طلاق الإيلاء فعبدي حر، ثم قال بعد انقضاء المدة:
قد كنت جامعتها في المدّة، وكذّبته المرأة، ٥٣١
لو قال لامرأته: إذا طلّقتكِ فعبدي حر، ثم قال لها: أمرك بيدكِ، فاختارت نفسَها في مجلسها،
ثم قال الزوج: قد كنت أخذت في عمل آخر قبل الاختيار، وأنكرت المرأة، ٥٣١
ولو قال الزوج في مسألة الإيلاء: إن لم أقربْكِ في الأربعة الأشهر، فجاريتي حرّة، ٥٣١
وكذا رجل باع عبدَه على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم قال المشتري: إن تمّ هذا البيع بيني وبينك فعبدي حر ٥٣١
ولو قال البائع: إن لم أنقض هذا البيع فعبدي حر، ثم قال بعد مضيّ مدة الخيار: قد كنت نقضت
البيع في الأيام الثلاثة، وأنكر المشتري ٥٣٢

باب تزويج المرأة على المرأة أو قبلها أو بعدها أو معها ٥٣٣

بنى البابَ على أصول: أنّ الطلاق لايصح إلاّ في الملك، أو مضافا إلى سبب الملك ٥٣٣
وأنّ المعلّق بشرط موصوف لايوجد بدونه. ٥٣٣
والثالث: أن كلمة قَبل للتقدم، وقُبَيل لتقريب التقدم، وبعد للتأخّر، ومَع للقران وعلى قد يستعمل للحال ٥٣٤
رجل قال: إن تزوّجتُ زينبَ بعد عَمْرَة فهما طالقان، فتزوجهما كما قال، طلّقتا ٥٣٤
لو قال: إن تزوّجت زينب مع عَمرة، فتزوجهما معا، طلّقتا ٥٣٤

لو قال: إن تزوّجت زينب قبل عَمرة، فهما طالقان، فتزوج زينبَ، طلّقت، ولايتوقف وقوع الطلاق ٥٣٤
لو قال لامرأته: أنتِ طالق قبل قدوم فلان، يقع الطلاق للحال ٥٣٥
لو قال: إن تزوجت زينب فهما طالقان، فلايقع الطلاق على عَمرة. ٥٣٥
لو قال: إن تزوجت زينب قبل عَمرة بشهر، فهما طالقان، فتزوج زينبَ، لم تطلّق في الحال ٥٣٥
لو قال لامرأته: أنت طالق إن دخلت الدار قبل قدوم فلان بشهر ٥٣٦
لو قال لامرأته: أنت طالق مع نكاحك، فتزوجها، لايقع الطلاق ٥٣٦
لو قال: إن تزوجت زينبَ قُبَيل عَمرة فهما طالقان، لايقع الطلاق حتى يتزوج عمرة بعدها بلافصل ٥٣٧
لو قال: إن تزوجت زينب على عَمرة، فهما طالقان، فتزوج عمرة ثم زينب، طلّقتا حين تزوج زينب ٥٣٧
لو صرّح وقال: إن تزوجت زينب وعمرة في نكاحي فهما طالقان ٥٣٨

باب ما يطلق الرجل من نسائه بغير عينها، ثم بيّن في المرض ترث أو لاترث، وما يستدل عليه بوضع الحمل ٥٣٩

بنى الباب على أصول: أن إيقاع الطلاق والعتاق يَصحّ مع الجَهالة، ويرجع في البيان إليه، والبيان فيه إنشاء من وجه، إظهار من وجه، على حسب ما يقتضيه الدليل ٥٣٩
والثاني: أن إيقاع الطلاق في مرَض الموت يلحق بالعدم في حكم الميراث وتعيين المبهَم فيه بمنزلة الإنشاء ٥٣٩
الثالث: أنّ الوطء في الطلاق المبهم بيان عند الكل، وفي العتاق المبهم ليس ببيان في قول أبي حنيفة، خلافا لصاحبيه، و الإعلاق بيان عند الكل ٥٤٠
الرابع: أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وأكثره سنتان عندنا ٥٤٠
رجل قال في صحتّه لإمرأتين له، وقد دخل بهما: إحداكما طالق ثلاثا، ثم قال في مرض م وته، لواحدة بعينها: إيّاها عنَيت ٥٤٠
لو بيّن الطلاق في إحداهما في مرضه، ثم ماتت إحداهما، ثم مات الزوج قبل انقضاء عدة المطلقة، ٥٤٣
لو أنشأ الطلاق في المرض، ثم ماتت المطلقة، كان جميع الميراث للأخرى، ٥٤٣
المريض إذا طلّق امرأته ثلاثا، ثم طاوَعت أمر زوجها، ثم مات الزوج قبل انقضاء العدة، ترث ٥٤٤
رجل قال لامرأتين له، وقد دخل بهما: إحداكما طالق ثلاثا، ولم يبيّن حتى جاءت إحداهما بولد لأكثرَ من ستة أشهر ٥٤٥
حرّ تحته أمة أعتقها مولاها، فولَدَت لأكثر من ستة أشهر ولأقل من سنتين من وقت الإعتاق، فنفاه الزوج ٥٤٦

لو قال لامرأته: إذا حبلت فأنت طالق، فولدت لأقل من سنتين من وقت اليمين، لايقع الطلاق ٥٤٧
لو ولدت لأكثرَ من سنتين من وقت الطلاق، تعيّنت الأخرى للطلاق ٥٤٩
لو أقرّ الزوج بالولد ثم نفاه، يلاعن بينهما ولا يقطع النسب ٥٥٠
امرأة ولدت ولدا، فانقلب هذا الولد على رضيعٍ، فمات الرضيع، وقضى بالدية على عاقلة أبيه ٥٥٠
رجل تزوج امرأة، فجاءت بولد لتمام ستة أشهر من وقت النكاح، ٥٥٢
القاضي إذا قضى بحق من حقوق النكاح، فقد قضى بصحة النكاح وتقرّره. ٥٥٣
إذا قضى القاضي بما يختصّ بالدخول، كان قضاء بالنسب ٥٥٤
إذا قضى بما لايختصّ بالدخول، لايكون قضاء بالنسب، ٥٥٤
لو ولدت إحداهما بعد الطلاق المبهم ولدا لأقل من سنتين بيوم، وولدت الأخرى لأكثر من سنتين بيوم، ٥٥٥
إن كان بين الولدين ستة أشهر فصاعدا، وقع الطلاق على التي ولدت لأقل من سنتين من وقت الطلاق ٥٥٥
إن أقرّ الزوج أنه جامَع التي ولدت لأقل من سنتين أولاً بعد الطلاق المبهم ٥٥٦
الطلاق لاينزِل بالشك، والمال لايجِب بالشك، والنسب لاينقطع بالشك ٥٥٩

باب ما يستدلّ به على الطلاق وما لايستدلّ ٥٦١

في الباب خمسة ألفاظ: ٥٦١
وبنى الباب على أصول: أن الأمر باليد، وقوله: طلّقي نفسك، يحتمل نية الثلاث، ولايحتملها قولُه: اختاري نفسك ٥٦١
أن قولها: اخترت نفسي، يصلَح جوابا لقوله: أمرِك بيدك، ولقوله: اختاري نفسكِ، ولايصلَح جوابا لقوله: طلّقي نفسك ٥٦٣
قوله: طلّقي نفسكِ مفسّر، والمبهَم لايصلَح جوابا للمفسّر ٥٦٣
وقولها: طلّقت، يصلح جوابا للكل. ٥٦٣
الأمر لايصلح تفسيرا للأمر باليد، وكذا الاختيار للاختيار، لأن الشيئ لايفسّر بمثله ٥٦٣
إذا لم يصلح الأمر تفسيرا لغيره، يجعل علّة لما بعده، إذا دلّت الدلالة عليه ٥٦٤
إذا تأخرّ الأمر، يجعل علّة لما قبله، إذا دلّت الدلالة عليه ٥٦٤
رجل قال لامرأته في غير غضب، ولاذكرِ طلاق: أمرك بيدكِ أو قال: اختاري، فقالت: اخترتُ نفسي ٥٦٤
وقوله: اختاري كما يحتمل الطلاق، يحتمل اختيار سكنى البيت ونحوه، فلايكون طلاقا إلاّ بالنية ٥٦٥

لو كرّر فقال: أمرك بيدك ، أمرك بيدك، أو قال: أمرك بيدك، فأمرك بيدك ٥٦٦
إن نوى الزوج الطلاق، يقع تطليقتان بائنتان ٥٦٧
لو قال: جعلت أمرك بيدك، فأمرك بيدك، ونوى الطلاق فقالت: اخترتُ نفسي، يقع واحدة بائنة ٥٦٧
لو قال: جعلت الخيار بيدك فاختاري، وهو نظير ما لو قال لامرأته: أنت طالق أنت طالق، يقع طلاقان ٥٦٧
وإن جمع بين لفظين مختلفين فقال: أمرك بيدك، فطلّقي نفسك، أو اختاري فطلّقي نفسك ٥٦٧
لو قال: أمرك بيدك، ثم قال على الفور مفصولا أو موصولا: ما يحبسك أن تطلّقي نفسك، لم لاتطلّقي نفسك ٥٦٨
لو قال لها: أمرك بيدك، وسكت، أو قال: اختاري وسكت ثم قال على الفور: طلّقي نفسك ٥٦٩
ولو قال: أمرك بيدك، فطلّقي نفسك ثلاثا للسنة، أو ثلاثا إذا جاء غد، فقالت في المجلس: اخترت نفسي، طلّقت ثلاثا للحال ٥٦٩
لو قال لها: أمرك بيدك، ونوى السنّة أو التعليق، لايصح ٥٧٠
لو قال: أمرك بيدك، ثم قال على الفور: ما يحبسك أن تطلّقي نفسك ثلاثا، فقالت: اخترت نفسي ٥٧٠
وفي هذا كله إذا قال: لم أعنِ بالأمر الطلاق، دُيّن فيما بينه وبين الله تعالى ٥٧٠
لو قال لها: أمرك بيدك، ينوي ثلاثا للسنة، أو ثلاثا إذا جاء غد، فقالت: اخترت نفسي ٥٧١
لو قال لها في غير غضب، ولاذكرِ طلاق: أمرك بيدك طلّقي نفسك، أو قال: وطلّقي نفسك، فقالت: اخترت نفسي ٥٧١
ولو قال لها: أمرك بيدك، اختاري اختاري، فطلّقي نفسك، فقالت: اخترت نفسي ٥٧١
لو قال: أمرك بيدك، واختاري، فطلّقي نفسك، فقالت: اخترت نفسي، بانت بتطليقتين ٥٧٢
ولو قال: أمرك بيدك، واختاري، وطلّقي نفسك، فقالت: اخترت نفسي، وقال الزوج: لم أنوِ باللفظ الأوّل والثاني طلاقا، وحلف ٥٧٢
ولو قال: أمرك بيدك، فاختاري، فطلّقي نفسك، فقالت: اخترت نفسي، بانت بواحدة ٥٧٢
لو قال: أمرك بيدك، فأمرك بيدك، فطلّقي نفسك، فقالت: اخترت نفسي، أو قالت: طلّقت ٥٧٣
لو قال: اختاري، فاختاري، فطلّقي نفسك، فقالت: اخترت نفسي أو طلّقت، تقع ثنتان بائنتان ٥٧٣
لو قال: اختاري، فاختاري، فطلّقي نفسك، فقالت: اخترت نفسي أو طلّقت، تقع واحدة بائنة، ٥٧٣
لو قال: اختاري، وأمرك بيدك، فطلّقي نفسك، فقالت: اخترت نفسي أو طلّقت نفسي ٥٧٤
لو قال: وطلّقي نفسك، والمسألة بحالها، فقالت: اخترت نفسي، لايقع شيء ٥٧٥

لو قال لها : أمرك بيدك، فاختاري، فاختاري، فاختاري، فقالت: اخترت نفسي ٥٧٥
لو قال: أمرك بيدك، فاختاري، واختاري، فطلّقي نفسك، فقالت: اخترت نفسي أو طلّقت ٥٧٥
لو قال: أمرك بيدك، فاختاري، واختاري، وطلّقي نفسك، فكذلك كان العامل هو الأمر ٥٧٧
لو قال: اختاري، فأمرك بيدك، وطلّقي نفسك، فقالت: اخترت نفسي، لايقع شي ٥٧٧
لو قالت: طلّقت نفسي، تقع واحدة رجعيّة ٥٧٧
ولو قال: اختاري، فأمرك بيدك، فطلّقي نفسك، فقالت: اخترت نفسي، بانت بواحدة، ٥٧٨
لو قال: اختاري، فطلّقي نفسك، فأمرك بيدك، فاختارت أو طلّقت، تقع تطليقة بائنة، ٥٧٨
لو قال: أمرك بيدك، فاختاري، فطلّقي نفسك، فقالت: اخترت نفسي أو طلّقت، تقع واحدة بائنة ٥٧٨
إذا قال لامرأته في غير غضب، ولاذكرِ طلاق: أمرك بيدك، فاختاري، أو اختاري، فأمرك بيدك ٥٧٨
لو قال لها: اختاري، فطلّقي نفسك، فقالت: اخترت، بانت بواحدة، ولايحلف على الثلاث ٥٧٩
لو قال: اختاري، ما يحبسك أن تطلّقي نفسك ٥٧٩
لو قال: اختاري، فاختاري، فطلّقي نفسك، فاختارت أو طلّقت ٥٧٩
لو قال: اختاري، واختاري، فطلّقي نفسك ٥٧٩
لو قال: اختاري، وطلّقي نفسك، وأمرك بيدك، فقالت: اخترت نفسي ٥٧٩
ولو قال: طلّقي نفسك، فاختاري، فاختارت نفسها ٥٧٩
الأمر باليد علّة لملك الطلاق ٥٨٠
لو قال في غضبٍ أو ذكرِ طلاق: جعلت أمرك بيدكِ، فأمرك بيدك، فاختارت نفسها، ٥٨٠
لو قال: جعلت الأمر بيدك، وأمرك بيدك، فاختارت نفسها ٥٨١
لو قال: جعلتك طالقا، وأنت طالق، أو قال: طلّقت امرأتي وهي طالق ٥٨١
ولو قال لها: طلّقي نفسك طلاقا أملك الرجعة، فإنى جعلت أمرك بيدك في ثلاث تطليقات بوائن ٥٨١

باب من الطلاق الذي يلحقه الاستثناء ٥٨٢

الأصل فيه أنّ المتكلم بالاستثناء إذا ذكَر وصفاً يَليق بالمستثنى منه، يجعل وصفا للمستثنى منه تصحيحا للوصف، أو يجعل صفةً للكل ٥٨٢
وإن كان لايليق بالمستثنى منه يبطل ٥٨٢
رجل قال لامرأته: أنت طالق ثلاثا، إلاّ واحدة للسنة ٥٨٢

لو قال: أنت طالق ثلاثا إلاّ واحدة غدا، أو إذا كلّمت فلانا ٥٨٣
لو قال: أنت طالق ثلاثا البتّة إلاّ واحدة ٥٨٣
لو قال: أنت طالق ثنتين البتّة إلّا واحدة، تقع واحدة بائنة ٥٨٤
لوقال: أنت طالق ثنتين إلا واحدة البتّة، يجعل البتّة صفةً للكل ٥٨٤
ولو قال: أنت طالق ثنتين إلا واحدة بائنة، أو بائناً، فهي طالق واحدة رجعيّة ٥٨٥
لو قال: أنت طالق ثلاثا بوائن إلا واحدة ٥٨٥
ولو قال لغيره: لك عليّ ألف درهم إلا مائة نقد بيت المال، ٥٨٦
ولوقال: لفلان عليه مائة إلا دينارا ٥٨٦

باب في الوقتين يقع فيهما الطلاق والفعلين ٥٨٧

الأصل فيه: أن المعلّق بالفعلين يقع عند وجود آخرهما ٥٨٧
المضاف إلى الوقتين ينزل عند أولهما، لأنه جعل الوقتين ظرفا، فلو نزل في آخرهما، كان الظرف أحدهما، لا كلاهما ٥٨٧
المعلّق بأحد الفعلين ينزل عند أوّلهما، لأنه لولم ينزل كان معلّقا بهما ٥٨٨
المضاف إلى أحد الوقتين ينزل في آخرهما ٥٨٨
لو جمع بين الوقت والفعل، وأضاف إلى أحدهما، فإن وُجد الفعل أوّلا، يقع، ولاينتظر وجود الوقت ٥٨٨
وإن وجد الوقت أوّلاً، لايقع ما لم يوجد الفعل ٥٨٨
الجمع بين قضية الوقت والفعل متعذّر لما بينهما من المضادّة ٥٨٨
أمّا الفصل الأول: رجل قال لإمرأته: أنت طالق إذا جاء رأس الشهر، أو إذا قدم فلان ٥٩٠
لو قال: أنت طالق غداً أو بعد غد، لايقع حتى يجيء بعد غد، ٥٩٠
ولو قال: أنت طالق رأس الشهر، أو إذا قدم فلان، فإن قدم فلان قبل رأس الشهر، ٥٩٠
لو قال لها: أنت طالق غدا أو إن شئت، فشاءت الساعة، وقع الطلاق، ولاينتظر وجود الغد ٥٩١
وأما الفصل الثاني إذا ذكر بحرف الواو، فإن جمع بين الوقتين فقال: أنت طالق غداً وبعد غد، فجاء غد ٥٩٢
لو قال: أنت طالق الساعةَ وغداً ٥٩٢
إن جمع بين الفعلين، فقال: أنت طالق إذا قدم فلان، وإذا قدم فلان أو ذكر بكلمة إن أو متى، فأيّهما قدم ٥٩٢

إذا خلّل الجزاء بين الشرطين، فقال: إذا قدم فلان فأنت طالق وإذا قدم فلان، أيهما قدم، يقع الطلاق ٥٩٣
إن نوى أن يقعَ عند كلّ فعل تطليقة على حدة، صحت نيته ٥٩٣
إن أخّر الجزاء، فقال: إذا قدم فلان وإذا قدم فلان فأنت طالق ٥٩٣
لو جمَع بين الوقت والفعل، وأضافه إليهما، فقال: أنت طالق الساعةَ وإذا جاء غد ٥٩٤
في قوله: أنت طالق الساعةَ وإذا قدم فلان، يقع للحال واحدة، وتتعلّق الأخرى بالقدوم، ٥٩٥
رجل قال لإمرأته في الليل: أنت طالق في ليلك ونهارك ٥٩٥
لو قال في النهار: أنت طالق في نهارك وليلك ٥٩٦
إن بدأ بالآتي، وثنّى بالكائن، بأن قال في الليل: أنتِ طالق في نهارِك وليلكِ ٥٩٦
لو قال في النهار: أنت طالق في ليلك ونهارك ٥٩٧
لو قال لامرأته: أنت طالق في قيامكِ وقعودكِ وهي مضطجعة، فقعدت، ٥٩٧
لو قال لها وهي مضطجعة: أنت طالق في قيامك وقعودك، فقعدت أو قامت، ٥٩٧
وإن نوى أن يقع طلاقان، فهو على مانوى ٥٩٧
لو كانت قاعدةً فقال لها: أنت طالق في قيامكِ وقعودكِ، أو قال: في قعودكِ وقيامكِ، ٥٩٨
لو قال: أنت طالق في أكلك وفي شربك ٥٩٨

كتاب العتاق ٥٩٩

باب من العبدين يعتق أحدهما على مال أو يعتق كل واحد منهما على مال ٥٩٩

بني الباب على أصول: إن جهالة المَحل لاتمنع الطلاق والعتاق، ويرجع في البيان إلى المبهِم ٥٩٩
وإذا فات البيان بموته، يُوزّع على اعتبار الأحوال ٦٠٠
من عتق بحال، لايتصور أن يعتق بحال آخر، بخلاف الحرمان ٦٠٠
أن ما لايفيد من الكلام لايعتبَر؛ لأن الكلام وُضِع للإفادة، فما لايفيد يكون لغوًا ٦٠٠
أن من عليه أحد المالين، إن كانا من جنس واحد يلزمه الأقلّ، لوقوع الشك في الزيادة، ولايخيّر؛ ٦٠١
الإعتاق ببدل يتوقّف على القبول ٦٠١
رجل قال لعبديه: أحدكما حُرّ على ألف، فقالا قبلنا ثم قال: أحدكما حُرّ على خمس مائة، فقالا قبلنا ٦٠١
لو قال: أحدكما حُرّ على ألف، أحدكما حُرّ على مائة دينار، فقالا: قد قبلنا ٦٠٢

لو قال لامرأته: أنت طالق ثلاثا بألف، أنت طالق ثلاثا بمائة دينار، فقالت: قبلت ٦٠٢
لو قال لها: أمرك بيدك بألف، أمرك بيدك بغير شيء، فقالت: اخترت نفسي، ٦٠٣
لو قال: اختاري اختاري اختاري، فقالت: اخترت الأولى أو الوسطى أوالأخيرة ٦٠٣
عن أبي يوسف رحمه الله: أن في الطلاق والعتاق يبطل الكلام الأول أيضًا، وينصرف القبول إلى الكلام الثاني كما في البيع ٦٠٤
لو قال لعبدين له: أحدكما حرٌ بألف، أحدكما حرٌ بمائة دينار، فقبلا، ومات المولى قبل البيان ٦٠٥
لو قال لمعيّن منهما: أنت حرٌ على ألف، أحدكما حرٌ على مائة دينار، فقبلا، ومات المولى قبل البيان ٦٠٦
ولو قال لعبديه في صحته: أحدكما حرٌ بألف درهم، والآخر بخمسمائة، فقبلا، ٦٠٦
رجلين قالا لرجل: لك على أحدنا ألف، وعلى الآخر خمس مائة، ٦٠٧
لو قال: أحدكما حرٌ على ألف، والآخر بغير شيء، فقبلا، ٦٠٧
إذا قال: أحدكما حرٌ بألف، أحدكما حرٌ بمائة دينار، فقبلا، ٦٠٧
ولو قال: أحدكما حرٌ بألف، والآخر بألفين ٦٠٧
ولو قال: قبلت العتق بألفين ٦٠٨
ولو قال: قبلت، ولم يزد علي ٦٠٨
لو قال لأمرأته: أنت طالق على ألف أو ألفين، فقبلت ٦٠٨
ولو قال: أحدكما حرٌ بمائة دينار والآخر بألف درهم، فقال أحدهما: قبلت بألف درهم، ٦٠٩
ولو قال أحدهما: قبلت بالمالين، أو قال: قبلتُ، وسكت، ٦٠٩
ولو قال: أحدكما حرٌ بألف درهم، والآخر بغير شيء، فقال أحدهما: قبلت بألف ٦٠٩
لو قال: أحدكما حرٌ بألف والآخر بمائة دينار، فقبلا، ٦١٠
لو قال لامرأتيه: إحداكما طالق على ألف درهم والأخرى على مائة دينار، فقبلتا ٦١١
لو قال: إحداكما طالق على كر حنطة وسط، والأخرى على كر شعير وسط، فقبلتا، ٦١٢
ولو قال لامرأة واحدة: أنت طالق على ألف درهم أو مائة دينار، فقبلت، ٦١٢
لو أن رجلين قالا لرجل: لك على أحدنا الف، وعلى الآخر مائة دينار ٦١٢
لو قال المولى: أحدكما حرٌ بغير شيء، أحدكما حرٌ بألف، فقبلا، جميعا ٦١٢
لو قال: أحدكما حرٌ بألف، فقبلا ثم قال: أحدكما حرٌ بغير شيء ٦١٣
ولو قال: أحدكما حرٌ بألف، أحدكما حرٌ بغير شيء، فقالا: قد قبلنا ٦١٣

كرجل قال لعبدين له: أحدكما حرّ غدا، ثم أعتق أحدهما الساعة، ثم جاء غد، ٦١٤
كرجل قال لعبدين له: أحدكما حرّ، إن شاء أحدكما حرّ، ثم شاءا جميعا العتق الأول ٦١٤

باب العبيد الذين يعتق المولى بعضهم ثم يعيد العتق على من يعتق أو على غيره ٦١٥

أصل الباب أن كلمة «أو» إذا دخلت بين إيجابين، كان الثابت أحدهما، ٦١٥
في الباب فصلان: أحدهما في إعادة الكلام، والثاني في اختيار المبهم. ٦١٦
أما الأول: رجل له أربعة أعبد: سالم، وبزيغ، وفرقد، ومبارك، قيمتهم على السّواء، فقال في صحته: سالم وبزيغ حرّان، أو بزيغ وفرقد حرّان، ٦١٦
لو كان العبيد ثلاثة: سالم، وبزيغ، ومبارك، فقال في صحته: سالم حرّ أو بزيغ حرّ ٦١٩
وإن مات قبل البيان، ٦١٩
ولو قال لعبدين له: سالم حرّ أو بزيغ حرّ أو هما جميعا حرّان، ٦٢٠
ولو قال لثلاثة أعبد: سالم حرّ، أو بزيغ حرّ، أو سالم وبزيغ ومبارك أحرار، ٦٢١
ولو قال لثلاثة أعبد: أنت يا فلان حرّ أو أنت يا فلان حرّ، أو أنت يا فلان حرّ أو كلكم أحرار، ٦٢١
وأما الفصل الثاني: رجل له ثلاثة أعبد، فقال: أنت يا فلان حرّ، أو أنت يا فلان، أو أنت يافلان ٦٢٢
حمل الكلام على الإفادة واجب ما أمكن ٦٢٢
ولو قال لأحدهم بعينه: أنت يا فلان عبد ٦٢٤
ولو قال لاثنين منهم: اخترت أن يكون أحدكما عبدا ٦٢٤
أن من باع عبدا بألف، ثم جدّد البيع بألف وخمسمائة أو بمائة دينار، يبطل البيع الأول ٦٢٤
لو قال لأربعة أعبد قيمتهم على السواء: أحدكم حرّ ثم قال لسالم وبزيغ: اخترت أن يكون أحدكما عبد ٦٢٥
رجل قال لثلاثة أعبد: أنت يا فلان حرّ، أو أحدكما للباقيين، أو أحدكم جميعا ٦٢٥
ولو قال: أنت يا فلان حرّ، ثم جمع بينه وبين أحد الباقيين بعينه، وقال: أو أحدكما حرّ ٦٢٦
ولو قال: أحدكم حرّ، أو أنت يا فلان، أو أنت يا فلان، ٦٢٧

باب من العتق، والتدبير ما يقع منه وما لايقع لأنه صادق فيه ٦٢٨

بني الباب على أن ما دارَ بين الخبر والإنشاء لايجعل إنشاءً، وأن كلمة «أو» إذا دخلت بين إيجابين يراد بها الواحد. ٦٢٨

وفي الباب فصلان: أحدهما: ثلاثة أعبد فيهم مدبّر معروف، والثاني: ليس فيهم مدبّر معروف ٦٢٨
أما الفصل الأول: رجل له ثلاثة أعبد قيمتهم على السواء، لامال له غيرهم، وأحدهم مدبّر،
فقال في صحته: أحدكم حرٌّ أو مدبّر ٦٢٨
لو قال: اثنان منكم مدبّران ٦٢٩
لو قال: اثنان منكم حرّان، أو مدبّران، ومات قبل البيان، وكانت المقالة في الصحة، ٦٢٩
الإعتاق في مرض الموت وصية كالتدبير. ٦٣١
لو قال لهم في صحته: أنتم أحرار، أو مدبّرون، ومات قبل البيان، ٦٣٦
ولو قال: أنتم أحرار، أو أحدكم مدبّر، ٦٣٧
ولو قال: كل واحد منكم حرٌّ أو مدبّر، ٦٣٧
ولو قال: كل واحد منكم حرٌّ أو أنتم مدبّرون، ٦٣٨
ولو قال: أنتم أحرار، وهذا مدبّر ـ للمدبّر المعروف ـ وهذا وهذا ٦٣٨
لو جمع بين عبدين وحُرّ، وقال للحُرّ: هذا حرٌّ وهذا وهذا، ٦٣٩
ولو قال: أنتم أحرار وهذا مدبّر ـ للمدبّر المعروف ـ وهذا ـ لأحد العبدين ـ ٦٣٩
رجل له ثلثة أعبد ليس فيهم مدبّر معروف، فقال في صحته: أنتم أحرار وهذا مدبّر وهذا وهذا ٦٣٩
ولو قال: أنتم أحرار، أو هذا وهذا، وهذا مدبّرون فهو وما لو قال: أنتم أحرار أو مدبّرون سواء ٦٤٠
ولو لم يقل هكذا، ولكنه قال: أنتم أحرار أو هذا، وهذا مدبّران ٦٤٠

باب العتق على مال والكتابة ٦٤٣

بنى الباب على أصول: أن الإعتاق ووَسائله كالتدبير والكتابة تَتَجزأ عند أبي حنيفة، خلافا لصاحبيه. ٦٤٣
كسب العبد المشترك مشترك ٦٤٤
بدل الكتابة لايسلّم للمولى ما لم يسلّم الكسب للمكاتب، ٦٤٤
وفي الباب فصول ثلاثة: الكتابة، والعتق على مال، وتعليق العتق بأداء المال ٦٤٤
أما الفصل الأول: عبد بين شريكَين، كاتَبه أحدهما على ألف فأدّاها إليه ٦٤٥
وإذا رجع على شريكه بنصف ما أخذ من العبد، لم يرجع المكاتَب بذلك على العبد، ٦٤٥
عند أبي يوسف ومحمد رحمه الله: كتابة النصف وكتابة الكل سواء، لأنها لاتتجزآ ٦٤٦
وأما الفصل الثاني: عبد بين شريكين أعتقه أحدهما على ألف، فهو على وجهين ٦٤٧

على قول أبي يوسف ومحمد: قوله أنت حرّ على ألف، وقوله: نصيبي منك حرّ على ألف سواء ٦٤٨
وأما الفصل الثالث: عبدين بين شريكين، قال له أحدهما: إن أدّيت إليّ ألفا فأنت حرّ، فاكتسب كسبا، وأدّى إليه الألف، ٦٥٠
ولو قال: إن أدّيت إليّ ألفا فنصيبي منك حرّ ٦٥٠
هل يرجع المعتق على العبد بما أخذ منه الساكت من الألف؟ ٦٥٠

باب مما يعتق أو يكاتب أو يخلع فيكون جائزا على العبد ٦٥٢

بني الباب على أصلين: أن التصرف إذا اشتمل على معنيَين يجب اعتبارهما ما أمكن، فإن تعذّر اعتبار أحدهما يعتبر الآخر ٦٥٢
إن الكتابة وتعليق العتق بأداء المال، كل واحد منهما يشتمل على معنى اليمين والمعاوضة، ٦٥٢
المال مما لايحلف به، ولايقبل التعليق بالخطر، والعتق مما يحلف به ٦٥٢
التعليق لايقبل الفسخ، وينفرد به المولى، والكتابة تحتمل الفسخ، ولاتتمّ من غير قبول ٦٥٣
في الباب فصول ثلاثة: تعليق العتق بأداء العبد، والتعليق بالحج، والتعليق بأداء المال. ٦٥٣
الفصل الأول: رجل قال لعبده «إذا أدّيت إلى عبداً فأنت حرّ» ولم يُصف العبد إلى جنس ولم يذكر القيمة ٦٥٣
وإن علّق العتق بإعتاق العبد، فهو على وجوه ثلاثة ٦٥٥
أما الأول: رجل قال لعبده: أعتق عني عبدا وأنت حرّ، أو قال: إن أعتقت عني عبدا فأنت حرّ، ٦٥٥
فإن اشترى عبدا وسطا أو وهب له وأعتقه عن المولى جاز، وعتقا جميعا ٦٥٦
ولو قال: أعتق عبدا وأنت حرّ، فهو في القياس باطل ٦٥٦
وإذا أعتق عنه عبدا وسطا يعتق ٦٥٦
لو قال الحرّ: أعتق عبدك، فأعتق، كان العتق عن المأمور ٦٥٦
لو قال المولى في مرضه: أعتق عنّي عبدا وأنت حرّ، فأعتق عنه عبدا وسطا ٦٥٧
لو قال: أعتق عنّي بعد موتي عبدا وأنت حرّ ٦٥٨
من قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حرّ، ثم مات ٦٥٨
فإن قالت له الورثة بعد موت المولى: أعتق عبدا وإلا بعناك ٦٥٩
لو قال المولى لورثته: إذا أعتق عنّي عبدا بعد موتي فأعتقوه، ٦٥٩
الفصل الثاني: وهو التعليق بالحج فهو على وجهين: إما إن علّقه بنفس الحج أو بأداء ما يحجّ به من المال ٦٥٩

فإن علّق الحُرّية بنفس الحج في حياته فقال: حَجّ عنّي وأنت حُرّ، أو قال: إذا حجَجت عنّي فأنت حُر ٦٦٠
وإن علّق العتق بأداء مال يحجّ به، فقال: أدّ إليّ ألفا أحجّ بها وأنت حر، ٦٦٠
مَن قال لغيره: إشتريت منك هذه الجارية بألف درهم استولدها، ٦٦٠
ولو قال له: إذا أدّيت إليّ ألفا فحجَجتُ بها فأنت حُرّ، فأدّى إليه ألفا، ٦٦٠
إذا علقه بنفس الحج فقال: حَجّ عنّي بعد موتي وأنت حُرّ، أو قال: إن حججتَ عنّي بعد موتي فأنت حُر ٦٦١
فرق بين هذا وبين ما لو قال له في مرضه: أعتق عنّي عبدا فأنت حُرّ، فأعتق عنه عبدا وسطا ٦٦٢
ولو قال: أدّ إلى وصيّي بعد موتي قيمة حَجّة يحج بها عنّي وأنت حُرّ، ٦٦٤
ولو قال: أدّ إلى وصيّي بعد موتي قيمة حَجّة، فإذا أديتَها فحَجّ بها عنّي فأنت حُرّ ٦٦٦
ولو قال لعبده: حَجّ عنّي بعد موتي حَجة وأنت حُرّ، فمات المولى في شوّال، وقالت الورثة: لاندَع العبد يخرج إلى الحج العام، ٦٦٧
إن مات المولى في شوّال، فقالت الورثة للعبد: اخرج إلى الحج في هذه السنة، وأبَى العبد، ٦٦٨
ولو قال له المولى: حج عنّي بعد موتي في هذه السنة وأنت حُرّ، فمات المولى في شوال ٦٦٨
ولو قال له المولى: حَجّ عني بعد موتي بخمس سنين في سنة كذا وأنت حر، فأراد الورثة أن يعجّلوا ذلك ٦٦٩
الفصل الثالث وهو التعليق بأداء المال: فهو على وجهين: إما إن علّقه بأداء مال مطلق غير مقيد بصفة، أو قيّده بصفة، ٦٧٠
أما إذا علقه بأداء مال مطلق، فقال: إذا أدّيت إليّ ألف درهم فأنت حُرّ، فأتى بالألف، ٦٧٠
ولو قال: إذا قدم فلان فأدّيت إليّ ألفا فأنت حُرّ، فجاء بألف بعد قدوم فلان، ٦٧١
لو قال: إن أدّيتَ إليّ ألفا فأنت حُرّ، فسرق ألفا، وأدّاه إليه ٦٧٢
ولو قال لعبده: إن أدّيت إليّ عبدا فأنت حُرّ، أو قال: إن أدّيت إليّ كر حنطة فأنت حُرّ ٦٧٢
ولو قال: إن أديت إليّ عبدا وسطا، أو كرا وسطا فأنت حُرّ، فجاء بعبد وسط ٦٧٣
لو قال لعبده: إذا أديت إليّ ألفا في كيس أبيض فأنت حُرّ، فأدّى إليه ألفا في كيس أسود وقبل المولى، ٦٧٣
وإذا قال لعبده: أعتق عنّي عبدا وأنت حُرّ، ٦٧٤
ولو قال: إذا أديت إليّ ألف درهم فأنت حُرّ، فباعه، ثم اشتراه، فأدى إليه الألف ٦٧٥
ولو قال لورثته: إذا أتاكم عبدي بعد موتي بكرّ حنطة أو بعبد ٦٧٦
ولو قال: إذا أدّى إليكم بعد موتي دراهم أو ثوبا فهو حُرّ، ٦٧٧
إذا قال لعبده: إذا أدّيت إليّ ألفا فأنت حُرّ، فأدّى إليه ألفا، ٦٧٧

لو أضاف إلى ما بعد الموت، فقال: إذا أتاكم عبدي هذا بألف بعد موتي فهو حرٌ ٦٧٧

كتاب البيوع ٦٧٨

باب من البيع الذي يرجع فيه بالثمن وما لايرجع إذا استحقّ المبيع ٦٧٨

بني الباب على أصول: منها: أن سلامة المبيع للمشتري توجب سلامة الثمن للبائع ٦٧٨
استحقاق المبيع على المشتري يوجب الرجوع بالثمن على البائع، تحقيقا لمقتضى المعاوضة وهو المساواة. ٦٧٨
ومنها: أن القضاء بالملك المطلق على ذي اليد قضاء عليه، وعلى من تلقّى الملك منه، دون غيره ٦٧٨
والقضاء بالحريّة وفروعها قضاء على كافّة الناس، لأن الحرية تُثبت أحكاما متعدّية من أهلية
الولايات والشهادات وغيرها ٦٧٩
القضاء بالحرية قضاء بعدم الرقّ، والرقّ إذا انعدم في حق شخص ينعدم في حق الكل ٦٧٩
ومنها: أن من أقرّ بما يملك إنشاءَه في الحال، يصح إقراره، ويجعل إقراره بمنزلة الإنشاء، لإنعدام التهمة ٦٨٠
وإن أقرّ بما لايملك إنشاءه في الحال لايصح إقراره في حق غيره لمكان التهمة. ٦٨٠
ومنها: أن البينة على النتاج لاتعارضها البينة على الملك المطلق، ٦٨٠
إذا تعارضت البينتان على النتاج، ٦٨١
ومنها: أن صاحب اليد إذا أقام البينة على الملك المطلق لاتقبل بينته عندنا ٦٨١
ومنها: أن المقضيّ عليه إذا أقام البينة على الوجه الذي قضى عليه، لاتقبل كيلا يؤدّي إلى التهاتر ٦٨٢
أمة في يد رجل يقال له عبد الله، فقال رجل يقال له إبراهيم لرجل يقال له محمد: الأمة التي في يد
عبد الله بعتها منك بألف درهم، وسلّمتها إليك، فقال محمد: صدقتَ، ولكن غلب عليها عبد الله ٦٨٢
لو أقام المستحق البينة على عبد الله أنها أمته ولدت في ملكه، لايرجع محمد بالثمن على إبراهيم ٦٨٣
لو لم يستحق الجارية، ولكن أقامت الجارية البينةَ على عبد الله أنها حرة الأصل، وقضى القاضي بها ٦٨٤
لو أقام محمد البينة على الشراء من إبراهيم وهو يملكها ٦٨٥
ولو أقامت الأمة البينة على عبد الله أنه كاتبها ببدل معين، وقضى القاضي بذلك ٦٨٥
إنّ الأب والوصيّ إذا أقرّا بكتابة عبد الصغير يصح، ولو أقرّا بالكتابة، وقبض بدل الكتابة لايصح ٦٨٦
لو أنّ عبد الله أقرّ أنه اشترى الأمة من محمد بمائة دينار، ونقَدَه الثمن، وصدّقه محمد بذلك ٦٨٧
إذا باع جارية بيعا فاسدا، وسلّمها إلى المشتري، ثم أراد البائع أن يستردّها بحكم فساد العقد،

فقال المشتري: بعتها من فلان الغائب بكذا، وسلّمتها إليه، ثم أودَعَنيها وغاب، وكذّبه البائع ٦٨٨
فلو أنّ محمدا أقام البينة على إبراهيم أنّ الأمة كانت وصلت إلى عبد الله من جهته ببيع أو هبة أو صدقة ٦٩٠
وكذلك الرجل إذا أقرّ بالرجعة بعد انقضاء العدة لايصح، فإن أقام البينة أنه راجعها في العدة ٦٩٠
ولو لم تستحق الجارية، ولكن أقامت الأمة البينة على عبد الله أنه ملكها منذ سنة، ثم أنه أعتقها ٦٩٠
لو أقام محمد البينة أنها أمته اشتراها من ابراهيم منذ سنة، وأنه يملكها ٦٩١
صارت مسائل الباب على قسمين: أحدهما: عتق في ملك مطلق والثاني: القضاء بالعتق في ملك مؤرّخ ٦٩١

باب ما يقر به المشتري فيرجع بالثمن على من باعه بالبينة أو الإقرار ٦٩٢

بني الباب على أصول: منها: أنّ الإقرار حجّة قاصرة لايتعدّى إلى غيره، والبينة حجة متعدّية، ٦٩٢
ومنها: أنّ القضاء بالنكول جائز عندنا من غير تكرار العرض ٦٩٣
شرط الخصّاف رحمه الله التكرارَ ثلاث مرات ٦٩٣
النكول حجة في حق الناكل خاصة، ٦٩٤
ومنها: أن دعوى المتناقض باطلة فيما يحتمل الانتقاض، ٦٩٥
إن مجهول النسب إذا أقرّ بالرقّ لإنسان، ثم ادّعى الحرية تسمع دعواه، ٦٩٥
ومنها: أن إثبات الثابت لَغو، والبينة القائمة لا عن خَصم مردودة ٦٩٦
رجل اشترى جارية بألف درهم، وقبضها، ونقده الثمن، ثم جاء رجل وادّعاها على المشتري ٦٩٦
لو جَحَد دعواه فحلّف فنكل، وقضي عليه بالنكول ٦٩٦
إن المريض مرض الموت، إذا ادّعى هلاك وديعة لوارثه، فاستحلف فنكل وقضى عليه بالنكول ٦٩٦
إنّ المشتري مختار في النكول ٦٩٧
الوكيل مضطرّ في النكول ٦٩٧
فإن قال المشتري: أنا أقيم البينة أنها للمستحق، لأرجِع بالثمن على البائع لو أقام المشتري بينة أن
العبد الذي اشتراه ملك فلان الغائب، باعه البائع بغير أمره ليرجع بالثمن على بائعه ٦٩٨
لو أقام المشتري البينة على إقرار البائع أنها للمستحق، قبلت بينته ٧٠٠
عبد في يد أحد، ادّعاه رجل، فأقام صاحب اليد البينة على أنه لفلان الغائب ٧٠١
ولو أقام البينة على إقرار المدّعي أنه لفلان الغائب ٧٠١
رجل في يده عبد لرجل باعه من رجل فقال المشتري: بعتَه بغير أمر المالك وقال البائع: لا بل بعتُه بأمره ٧٠١

لو قال المشتري للقاضي: سَلِ البائع أنّ الأمة للمستحق أو ليست له؟ ٧٠٢

عبد اشترى من رجل شيئا، ثم قال: أنا محجور، وقال البائع: هو مأذون، فأراد العبد أن يقيم البينة ٧٠٣

لو أعتق عبده على مال، ثم أقام العبد البينة أنه أعتقه قبل ذلك البتة ٧٠٦

اختلف أصحابنا فيمن باع أرضا ثم أقام البينة أنه باع ما هو وقف. ٧٠٦

لو ادّعى المستحق أنها أمته، أعتقها أو دبّرها أو ولدت منه، فأقر المشتري بذلك أو أبي اليمين وقضى عليه ٧٠٧

باب ما يقضي به القاضي فينقض الشراء ثم يردّ قضاءه وما لا يردّ من ذلك ٧٠٨

بني الباب على أصلين: أحدهما: أن القضاء إذا اعتَمَد سببا صحيحا، نفَذ باطنا وظاهرا، ولا ينتقض بزوال ذلك السبب بعده ٧٠٨

وأصل آخر: أنّ استحقاق المبيع بملك مطلق أو سابق على البيع، يوجِب توقيف البيّاعات الماضية على إجازة المستحق ٧٠٩

الخصومة وطلب الحكم دليل النقض، فينتقض به كما ينتقض بصريح النقض ٧١٠

وجه ظاهر الرواية: أنّ الخصومة وطلب الحكم لإظهار الحق ٧١٠

رجل اشترى جارية بألف، ونقده الثمن، ولم يقبضها حتى جاء رجل، ادّعاها ٧١١

لو طلب الشفيع الشفعة قبل القبض، يشترط حَضرة البائع والمشتري، بخلاف ما بعد القبض ٧١١

ولو كان المشتري قبض الجارية من البائع، ثم ادّعاها رجل، لايشترط حضرة البائع ٧١٣

رجل رهَن عند رجل جارية بألف، وسلمها إليه، ثم إن الراهن أخذها بغير إذن المرتهن، وباعها من رجل ٧١٤

لو أنّ الراهن أقام البينة أنه كان قضى دين المرتهن قبل البيع، ثم باعها من المشتري، ٧١٥

لو أن المشتري الأول لم يجد البينة، ورجع على بائعه بالثمن بقضاء ٧١٧

وإن كان الثمن هلك عند البائع، فضمنه المشتري مثله ٧١٩

ولو كان المشتري باعه من رجل، وسلّمه إليه، ثم استحق من يده، ورجع هو على بائعه بالثمن ٧٢٠

رجل اشترى عبدا بألف درهم، وقبضه، ونقد الثمن، فاستحقه رجل من يده بالبينة، فرجع على بائعه بالثمن بغير قضاء ٧٢١

باب العبد يشتريه واحد بعد واحد ثم يستحق أو يوجد حرا أو مدبرا ٧٢٣

بني الباب على ما تقدم أن القضاء بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيّاعات الماضية في ظاهر الرواية ٧٢٣

رجل اشترى عبدا بألف، وقبضه، ونقد الثمن، وضمن له إنسان بالدرك، وباعه من رجل ٧٢٣
أن من اشترى عبدا، ونقد الثمن، فهلك العبد قبل القبض ٧٢٤
ولو لم يستحق ولكن أقام العبد البينة أنه حر الأصل، وقضى القاضي بذلك ٧٢٥
ولو أقام العبد البينة أنه كان عبدا لرجل غير الباعة، فأعتقه ذلك الرجل، وقضى القاضي به ٧٢٦
ولو أقام رجل البينة أنه عبده دبّره، أو كانت جارية، فأقام البينة أنه استولدها ٧٢٦
ولو أقام رجل البينة أنه عبده أعتقه أو دبّره، بعد ما اشتراه المشتري الأخير ٧٢٧

باب من بيع علو المنزل ثم ينهدم أو يستحق أو يؤخذ بالشفعة ٧٢٨

بني الباب على أن محل البيع هو المال المملوك، ومحلّ الإجارة المنفعة ٧٢٨
رجل له منزل علو في الدار، فباعه دون السّفل على أن لاطريق له في الدار ٧٢٨
لو استأجر علوا لاطريق له ٧٢٩
ألايجوز بيع حق التعلي، وكذا بيع ساحة العلو ٧٣٠
فرق بين حق التعلي وحق الشرب ٧٣٠
إذا شهد شاهدان بشراء أرض بألف درهم، فشهد أحدهما أنه اشتراها بشربها بألف ٧٣٠
إذا باع دارا مع ممرّها، فاستحق الدار دون الممرّ، فإنه ينقسم الثمن على الدار والممر ٧٣١
مجرّد حق الاستطراق لايجوز بيعه ٧٣١
وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أن بيع حق الاستطراق جائز ٧٣٢
حق التعلي يتعلق بالهواء وسطح السفل، وبيعهما لايجوز ٧٣٢
حق المرور حق يتعلق برقبة الأرض، ورقبة الأرض مال ٧٣٢
ولو اشترى علوا مبنيا، ولم يقبضه حتى أصابه المطر، وأذهبه، فقال المشتري: أنا آخذ ساحة العلو بجميع الثمن أو ببعضه لأبني عليه ٧٣٢
إذا كان طريق العلو في السكة العظمى، أو في دار أخرى، فباع صاحب السفل سفله، كان لصاحب العلو أن يأخذ بالشفعة بالجوار ٧٣٣
لو باع صاحب العلو علوه، كان لصاحب السفل أن يأخذ بالشفعة ٧٣٣
حق الشفعة لايثبت بالبناء، لأنه نقليّ ٧٣٤

باب بيع الوالد على ولده الصغير وبيع الوصيّ على الصغير ٧٣٦

بنى الباب على أن الواحد في المعاوضات المالية لايصلح عاقدا من الجانبين، لأن حقوق العقد فيها ترجع إلى العاقد ٧٣٦

لايجوز بيع أحد من نفسه، ولاشراءه من نفسه إلا الأب يبيع ماله من ولده ٧٣٨

رجل له عبد، فوكّل رجلا بأن يبيعه من ابنه الصغير، أو يشتري عبدا لابن للأب، ٧٤٠

الفرق بين ما إذا فعل الأب ذلك بنفسه، وبين ما إذا وكل وكيلا ٧٤٠

رجل له ابنان صغيران، لأحدهما عبد، وللآخر جارية، فقال الأب: أشهدوا أني اشتريت عبد ابني فلان لابني فلان بجاريته ٧٤١

الإذن والتوكيل يثبت تبعا لأمر الحاضر، ولهذا يصير مأذونا قبل المبايعة ٧٤٢

ولو وكل الأب رجلا ببيع عبده، ولم يقل من ابني، فباعه من ابنه لايجوز ٧٤٣

ولايجوز بيع الوصي لليتيم ولاشراءه من نفسه إلا أن يكون خيرا لليتيم ٧٤٣

لو كان وصيًا لليتيمين، فاشترى أحدهما من صاحبه أو باع، لايجوز في قولهم ٧٤٤

لو أذن لليتيمين أو أذن لعبديهما فتبايعا، لم يجز لأنهما استفادا ولاية التصرف منه وهو لايملك ذلك بنفسه ٧٤٤

باب الأمر بالبيع والشراء بشرط الخيار ٧٤٥

بني الباب على أن تصرف المأمور إذا خالف أمر الآمر لاينفذ ٧٤٥

ولو وكّله ببيعه بألف، فباعه بمائة دينار، لاينفذ عليه، وإن كان خيراً ٧٤٥

رجل أمر رجلا أن يبيع عبده، ويشترط الخيار للآمر ثلاثة أيام، فباع، ولم يشترط الخيار، لم يجز ٧٤٦

فرق أبو حنيفة وأبويوسف رحمهما الله بين هذا وبين ما إذا وكله ببيع فاسد، ٧٤٦

ولو باعه بشرط الخيار للآمر كما أمره، ثم إنه أوجب البيع وأسقط الخيارَ، لم ينفذ على الآمر ٧٤٧

الوكيل، لو فسخ العقد، هل يصح فسخه؟ ٧٤٧

ولو أمره بالبيع مطلقا، فباع، وشرط الخيار للآمر أو لنفسه ثلاثة أيام جاز ٧٤٨

أنه لما شرَط الخيار لغيره، يجعل كأنه شرط الخيار لنفسه ٧٤٨

لو شرط الخيار لأجنبي صح، لأن كل واحد منهما يملك استيفاء موجب الخيار ٧٤٩

فإن أمره باشتراط الخيار لنفسه، فباع، وشرط الخيار لنفسه، أو للآمر، أو للأجنبي جاز، ٧٥٠

ولو باع، وشرط الخيار لنفسه، فأجاز الآمر البيع، أو ردّ، هل يصح ذلك منه ٧٥٠
ولو أمره بأن يشتري له عبدا، أو جارية بعينه، أو بغير عينه، وسمّى له ثمنا، أو جنسا، وأمره بأن يشترط الخيار لنفسه، فشرط الخيار لنفسه، أو للآمر، أو للأجنبي جاز، لأنه وافق أمره ٧٥٠
لو أن الوكيل لم يُسقط الخيار، فقال له الآمر: ردّ الجارية، فلاحاجة لي فيها، لم يكن ذلك نقضا للبيع ٧٥٢
فلو أن الوكيل لم يردّها بعد ما قال الآمر: ردّها، ولم يرض، ولكن باعها من رجل، وسلّمها إليه، وقبض منه الثمن، فالآمر بالخيار ٧٥٣
ولو أمره بأن يشتري له جارية، وسمّى الثمن أو الجنس، أو لم يسمّ، وسمّى الجنس، وأمره أن يشترط الخيار لنفسه، فاشترى بغير خيار، لزم المشتري ٧٥٤

باب ما يكون قصاصا في الصرف والسلم وما لايكون ٧٥٦

بنى الباب أن دَين الصرف والسلم يستوفي، لأن فائدة الوجوب الاستيفاء، ولا يوفي به دَين آخر ٧٥٦
وكذلك بدل الصرف مَبيع من وجه، لأن البيع لايخلو عن مبيع وثمن، وليس أحدهما يجعله مبيعا أولى من الآخر ٧٥٦
رجل أسلم إلى رجل مائة درهم في كرّ حنطة وسَط إلى أجل معلوم، ٧٥٧
فلو أن البائع لم يردّ الثمن حتى حلّ السلم، فهو على وجوه ثلاثة ٧٥٨
اعتُبرت الإقالة عقدا جديدا في حق الشرع، يصير بيع العبد قائما ٧٥٩
وإن كان الشراء، والقبض قبل عقد السلم، ثم انفسخ بيع العبد بما هو فسخ في حق الكل، أو في حق المتعاقدين خاصة ٧٥٩
أما فصل الصرف: رجل اشترى دينارا بعشرين درهما، وقبض الدينار، ولم ينقد العشرين ٧٦٠
ذكر في كتاب الصرف، إذا أكره أحدهما، لاتقع المقاصّة، وإن تقاصّا تقع المقاصة، ٧٦٠
الاستبدال ببدل الصرف بعد انفساخ الصرف جائز ٧٦٠
لو انفسخ بيع الثوب بالإقالة ونحوها، فهو على وجهين: إن كانت الإقالة قبل عقد الصرف ٧٦١

...

باب الزيادة في البيع ٧٦٢

بني الباب على على أصول:
أحدها: أن الزيادة في البيع تصحّ حال قيام المعقود عليه ٧٦٢

والثاني: أن الزيادة الحكمية، كالولد ونحوه، لاتعتبر مزيداً عليه حال قيام الأصل ٧٦٢
والثالث: أن الزيادة متى صحت، ينقسم الثمن عليها وعلى الأصل على اعتبار القيمة ٧٦٣
رجل اشترى جاريةً تساوي ألفا بألف، فولدت قبل القبض ولدا قيمته ألف درهم ٧٦٣
لو هلكت الجارية بعد الولادة، أو بعد ما دفع العبد بالجناية، ثم زاد البائع في المبيع دابّة ٧٦٤
ولو هلك الولد، أو العبد الجاني قبل القبض، ينفسخ البيع ٧٦٥
ولو اشترى جاريتين تساوي كل واحدة ألفا بألفي درهم صفقةً واحدة، فولدت إحداهما ولدا،
وهلكت الوالدة، وبقي الولد، ٧٦٦
وإن هلك الولد قبل القبض يخيّر المشتري، إن شاء أخذ الجارية، والزيادة القصدية بألف وإن شاء ترك ٧٦٨
لو ماتت الجارية الأخرى، والولد حيّ، وقيمته ألف، أخذ الولد والزيادة القصدية بتسعمائة ٧٦٨

باب ما يكره من التفريق بين الرقيقين في البيع ٧٧٣

بني الباب على أن التفريق بين ذوي الرحم المحرَم، إذا كانا صغيرين، أو أحدهما صغيرا مكروه ٧٧٣
لو كان مع الصغير قريبان: أحدهما أقرب من الآخر، لابأسَ بأن يبيع الأبعد ٧٧٦
لايفرّق في البيع بين ذوي الرحم المحرم إذا كانا صغيرين، أو أحدهما صغيرا ٧٧٦
إذا وقع الرجلُ وامرأتُه وولدُها الصغير في سهم رجل، لايبيعهم إلامعًا ٧٧٦
لو كان مع الصغير عمّة وخالة، لم يباعوا إلامعا ٧٧٦
وإن كان معه جدّة وعمة وخالة، لابأس ببيع العمة والخالة ٧٧٦
لأن الشفقة أمر باطن، لايمكن الوقوف عليها، فيعتبر السبب، فلايعتبر الأبعَد مع الأقرب ٧٧٧
امرأة من السبي، معها صبية، فقالت: هي ولدي، ولايعرف ذلك إلا بقولها، لايقبل قولها ٧٧٨
لو لم يعلم من هذه المرأة إرضاع الصغيرة، وقد وطئ الكبيرة، فلما كبرت الصغيرة، وأرادت الرجل،
قالت: هي بنتي ٧٧٩

باب من البيع الذى يرجع فيه إلى صاحبه ما اشترى والثمن ويكون فيه بالخيار ٧٨٠

بنى الباب على أصول ثلاثة: ٧٨٠
منها: أن البينة حجّة يجب العمل بها ما أمكن ٧٨٠
ومنها: أن سلامة الثمن للبائع حكم بسلامة المبيع للمشترى ٧٨١

ومنها: أن المبيع إذا وصل إلى المشتري بجهة ما، يجعل قابضا بحكم البيع ٧٨٢
رجل في يده دار وعبد، فادّعى رجلان، كل واحد منهما أنه اشترى الدار من الذي في يده بذلك العبد، وأقاما البينة، فهو على وجهين ٧٨٢
فإن اختار الأخذ، أخذ الدار بينهما، والعبد بينهما، لأن كل واحد منهما أثبت شراء كل الدار بالعبد ٧٨٣
فرّق بين هذا، وبين ما لو ادعيا الشراء من رجلين، فوقّتا، ووقت أحدهما أسبق ٧٨٦
لو حضر البائعان، وادعيا الملك، يقضى بينهما ٧٨٧
وإن أرّخ أحدهما، وأطلق الآخر، فإن كانت الدار في يد المدعى عليه، يقضى بالدار للذي أرّخ ٧٨٧
فرق بين هذا وبين دعوى الملك، إذا ادّعيا ملكا ٧٨٨
لأن ثمّة ملك المؤرخ لا يحتمل الملك من الأصل، وملك المطلق يحتمل الملك من الأصل ٧٨٨
أمّا في دعوى الشراء الملك المطلق، لايحتمل الملك من الأصل، فيقضى للمؤرخ ويقضى بالعبد للآخ ٧٨٨
ولو استوَى الدليلان، لايجوز نقض القبض بالشك، فكيف إذا ترجّح؟ وكذا لو كان لغير المؤرخ قبض مشهود به كان هو أولى ٧٨٩
لو كانت الدار في يد البائع وأرّخ أحدهماوأطلق الآخر وأقام المطلق البينة على إقرار البائع بقبض الدار ٧٨٩
أصل التاريخ يرجّح الشراء لكنه يسقط بالقبض، وسبق التاريخ أحقّ من القبض ٧٩١
استحقاق المبيع يوجب الرجوع بالبدل، ٧٩١
دار في يد عمر، ويزعم أنها له، وزيد يدّعيها، فاشتراها عبد الله من زيد بعبد، وسلّم إليه العبد ٧٩٣
فلو أن عمرا رجع في هبة الدار، أو استردّها في الغصب والإجارة والإعارة والوديعة ونحو ذلك ٧٩٣
لو كان مكان الدار جارية، فاشتراها عبد الله من زيد بعبد، ودفع العبد إليه ٧٩٣
الإقدام على الشراء إقرار بصحته، ٧٩٥
الشركة في الدار عيب ٧٩٦
إن استحق نصف الدار ونصف العبد، خيّر كل واحد منهما بعيب الشركة في البدلين ٧٩٧

باب من البيع والشراء فيما إذا كان المبيع معيبا فيزول عيبه قبل القبض أو بعده ٧٩٩

بنى الباب على أصول:
منها: أن المبيع إذا سلّم للمشتري على الوصف الذي تناوله العقد، لزمه لمكان الرضى ٧٩٩
ومنها: أنّ الزيادة الحادثة قبل القبض، لاقسط لها من الثمن، لأنها تَبع لم يرد عليها العقد ٧٩٩

ومنها: أن زوال العيب قبل القبض أو بعده يُبطل الردّ، لوصول حقه إليه بصفة السلامة ٧٩٩
رجل اشترى جارية بيضاء إحدى العينين، وهو يعلم بذلك، فلم يقبضها حتى انجلى البياض ٨٠٠
حدوث العيب في يد البائع إنما يوجب له الخيار إذا فات به شيء لم يرض به المشتري ٨٠٠
منهم من سلم، وفرّق بينهما وبين انجلاء البياض ٨٠١
لو عاد بياضها بفعل المشتري، أو بفعل الأجنبي، ثم وجد عيبا، لايكون له أن يردها ٨٠١
من شرط الانجبار اتحاد السبب أو المحل ٨٠٢
لو اشترى جارية بيضاء إحدى العينين، وهو لايعلم بذلك حتى قبضها، كان له أن يردها إذا علم ٨٠٢
لو اطلع على عيب آخر دلّسه البائع، لجاز له أن يردها بذلك العيب ٨٠٣
استوضح هذا بفصل القصاص: رجل قَلَع سِنّ رجل فاقتصّ منه، ثم نبتت سِنّ المقتص منه، لايقلع ثانيا ٨٠٤
القصاص الواجب هو القلع، لا لإفساد المنبت؛ لأن إفساد المنبت ليس في وسع البشر ٨٠٤
رجل غصب جارية بيضاء إحدى العينين، أو ساقطة الثنية، أو سوداء الثنية، فزالت العيوب عنده، ثم عادت، فردّها على المالك ٨٠٥
لو غصب جارية حاملا، فولدت، وهلكت بالولادة، يضمن قيمتها ٨٠٥
فرق بين الحمى والبياض ٨٠٦
لو اشترى جارية بيضاء إحدى العينين، وهو يعلم بذلك، فقبضها، فذهب البياض ٨٠٦
المعتبر في الانقسام قيمة كل واحد منهما يوم صيرورته مبيعا ٨٠٧
لو كانت الجارية صحيحة العينين وقت البيع، فولدت ولدا يساوي ألفا، فضرب عبدٌ عينَها ٨٠٨

باب الهبة للعبد المبيع قبل القبض وبعده وفي الرهن والهبة في المرض والوصية ٨٠٩

جمَع في الباب بين حكم المكاسب، وحكم الوطء في المبيعة، وختم الباب ببيان مكاسب الوصية.
بنى الباب على أصلين:
أحدهما: أن كسب المملوك الذي لادَين عليه يكون لمالكه ٨٠٩
الكسب سبب لثبوت الملك في الأكساب، ٨٠٩
إن كان في البيع خيار للبائع، فملك الكسب موقوف ٨١٠
وأصل آخر: أن أحد العاقدين إذا أتلف كسب المبيع قبل القبض، إن كان ملكا للمتلف، لايضمن ٨١١
رجل اشترى جارية، ولم يقبضها حتى وهب لها هبة، أو أغلت غلّة ٨١٢

ملك الأصل لايتمّ قبل القبض ٨١٣
فإن لم يقبض الجارية، ولم ينتقض البيع بينهما، فأتلف أحدهما الكسب والغلة، لاضمان عليه ٨١٤
فإن حدث عند المشتري، ثم انتقض البيع بينهما بخيار رؤية أو شرط أو عيب، سلّم الكسب للمشتري ٨١٥
فرق بين الكسب والولد أما الكسب: ما ملك حكما للبيع لأنه ليس من أجزاء المبيع فلايكون مبيعا أصلا ٨١٧
وإن حدث الكسب قبل القبض، ثم قبضه المشتري مع الأصل، ثم انتقض البيع بينهما ٨١٧
وإن أتلف الكسب في حال لو كان قائما يردّه على البائع مع الأصل؛ لأن عندهما الكسب تَبع للأصل ٨١٨
أصله: الغاصب إذا أتلف كسب المغصوب، ثم ردّ المغصوب على المالك، عندهما يضمن الكسب،
وعند أبي حنيفة لا يضمن ٨١٩
وإن رد الجارية في هذه الصورة بعيب، ردّها مع الكسب؛ فلايسقط شيء من الثمن، ٨٢١
إتلاف الكسب بعد العلم بالعيب، لايكون رضًى بالعيب ٨٢١
لو أتلف الأصل يضمن قيمته، فكذلك الكسب ٨٢٣

باب العبد يشتري بأقل ممّا بيع به ما يجوز من ذلك ومالايجوز ٨٣٩

بنى الباب على أن شراء ما باع، أو بيع له، بأقلّ ممّا باع قبل استيفاء الثمن الأول فاسد استحسانا ٨٣٩
الثمن قبل القبض ليس في ضمان البائع ٨٤٢
في الباب فصلان: أحدهما: أن يكون العبد لاثنين، والثاني: أن يكون العبد لواحد ٨٤٣
الفصل الأول: عبد بين رجلين، فباعاه من رجلٍ بألف درهم إلى سنة ثم اشتراه أحدهما بخمسمائة حالّة ٨٤٣
لو انفرد أحدهما ببيع النصف، ينصرف بيعه إلى نصيبه خاصّة؛ حملا على الصحة ٨٤٣
فساد البيع في نصيبه لايتعدّى إلى الباقي ٨٤٣
فرق أبو حنيفة بين هذا، وبين ما لو أسلم حنطة في شعير وزيت؛ حيث لايجوز العقد في الكل ٨٤٤
لو باعه بألف نسيئةً، ثم وكّل رجلا بالشراء، فاشتراه الوكيل بخمسمائة قبل نقد الثمن ٨٤٥
وأبو حنيفة فرّق بين الوكيل بالبيع، وبين الوكيل بالشراء ٨٤٥
ثم فرّق بين البيع وبين الشراء إذا باعاه، ينصرف بيع كل واحد منهما إلى نصيبه ٨٤٦
ولو باعا نصيب كل واحد منهما، ثم اشترياه جميعًا ٨٤٧
رجل له عبد باعه مع أجنبيّ من رجل بألف درهم إلى سنة، ثم اشتراه الذي كان له بخمسمائة ٨٤٨
ولو اشتراه الأجنبي الذي كان معه في البيع بخمسمائة لنفسه أو لغيره ٨٤٨

ولو باع الأجنبيّ كله، ثم اشتراه أحدهما بأقل مما باع ٨٤٨
رجل باع عبدَه على أن فلانا بالخيار ثلاثة أيام، فأجاز المشروط له الخيار البيعَ، ثم أشتراه المشروط له الخيار لنفسه ٨٤٩
في فصل الشفعة: من باع أو بيع له، لايكون له الشفعة ٨٥٠
ولو اشترى عبدا بألف لسنة، ثم مات البائع، فاشترى وارثه من المشتري، بأقل مما باع المورث ٨٥٠
الوارث يقوم مقام المورث فيما يرث، لا فيما لم يرثه ٨٥١
فرق أبو حنيفة في وارث البائع بين حالة الحياة، وبين مابعد الموت ٨٥١
فرق أبو حنيفة بين هذا الوارث، وبين الوكيل إذا وكل البائع رجلا بالشراء ٨٥١
أن الوكيل بالشراء، بمنزلة البائع من الموكل ٨٥٢
فرق بين وارث المشتري، وبين الموصى له ٨٥٢
ملك الوارث عين ملك المورث ٨٥٢
وكذا لو وهبه المشتري لرجل، وسلّمه إليه، ثم اشتراه البائع من الموهوب له بأقل مما باع ٨٥٣
ولو وهبه المشتري لرجل، وسلّمه إليه، ثم رجع في الهبة، وباعه من بائعه بأقلّ ٨٥٤
ولو باعه المشتري من رجل، ثم ردّ عليه بالعيب قبل القبض مطلقًا، ٨٥٤
وإن ردّه بعد القبض بغير قضاء، أو تقايلا، فباعه من بائعه بأقل ٨٥٤
ولو تعيّب المعقود عليه في يد المشتري، فباعه من البائع بأقل من الثمن ٨٥٥

باب من البيع الذي يقع فيه الاختلاف بين البائع والمشتري وكل واحد منهما يدّعي العتق على صاحبه ٨٥٧

بنى الباب على أصول: منها: أن الاختلاف إذا وقع في أصل العقد، كان القول قول المنكرِ مع يمينه؛ لتفردّه بالإنكار، والبينة بينة الآخر؛ لتفردّه بالدعوى ٨٥٧
وإن لم يكن لأحدهما بينة، يتحالفان ٨٥٨
وأيّهما نكَل عن اليمين لزمه دعوى الآخر ٨٥٨
هلاك المعقود عليه بعد القبض لا إلى بدل، يمنع التحالف ٨٥٩
تغيّر السلعة عند المشتري يمنع التحالف ٨٦٠
أحد الشريكين، إذا أعتق العبد المشترك ٨٦٠

أحد الشريكين، إذا شهد على صاحبه بالإعتاق ٨٦١
أن من باع نصف العبد، ثم أعتق النصف الباقي قبل التسليم، وهو معسر ٨٦١
وكذا لو مات العبد، وترك كسبا، فأراد الساكت أن يأخذ السعاية من كسبه ٨٦٢
ومنها: أن المشتري إذا أعتق العبد المُشْتَرَى قبل القبض ٨٦٣
ومنها: أن أحد العاقدين، إذا ادّعى الإعتاق على صاحبه ٨٦٣
ومنها: أن المبيع إذا تغيّر قبل القبض بقول المشتري أو فعله ٨٦٣
رجل قال لغيره: بعتك عبدي بمائة دينار، فقال المدعى عليه: ما اشتريت منك إلا نصفه بخمسمائة،
فإنهما يتحالفان، ويترادّان؛ لأنهما اختلفا في شيئين ٨٦٣
ويبدأ بيمين المشتري ٨٦٤
لو ردّ المشتري المبيعَ بعيب، يفسخ البيع بينهما ٨٦٦
فإن ادّعى البيع والإعتاق على المشتري، فهذه خمسة فصول:
الفصل الأوّل: إذا بدأ البائع بدعوى الإعتاق. ٨٦٦
إذا ادّعى البائع أنه باع العبد منه بمائة دينار، وأنه اشتراه، وأعتقه ٨٦٦
فإذا ادّعى عليه أمرا زائداً أنكره المشتري، كان أولى ٨٦٧
إن حلف المشتري، أنه ما اشتراه بمائة دينار، وما أعتقه ٨٦٧
فإن نقض البيع، عاد إلى البائع، وعتق عليه ٨٦٧
وإن اختار المشتري إمضاء البيع، وأخذ السعايةَ، وأبى البائع أن يسلّم السعاية بخمسمائة درهم ٨٦٨
فإن كانت السعاية من الدراهم، يتصدق بالفضل على الثمن ٨٦٨
وإن حلف، تمّ التحالف، فيفسخ القاضي العقد بينهما ٨٦٨
إذا بطلت السعاية يبطل التحالف ٨٦٩
فإن كان المشتري قبض العبد، ثم اختلفا على هذا الوجه، فهذا والأول سواء إلا في خصلتين:
إحداهما: أنه لاخيار للمشترى والثانية: أنه لايتصدق بشيء ٨٧٢
الفصل الثاني: إذا بدأ المشتري بدعوى الإعتاق. فإن كان قبل القبض، تسمع دعواه ٨٧٢
إن كان المشتري يدّعي أمرا زائدا، وهو الإعتاق إلا أن دعوى العتق، تنبني على تقدم شراء النصف ٨٧٣
رجل قال لغيره: بعتك نصف عبدي، وأعتقتك، وأنكر المشتري ذلك، وحلف ٨٧٤
إذا نكل المشتري عن اليمين ٨٧٥

فإن حلف أنه ما اشتراه بمائة دينار، ولقد اشترى نصفه بخمسمائة، جمع بين الثمنين هنا ٨٧٥
إذا حلف المشتري: بالله ما اشتراه بمائة دينار، وانتفى بيع الكل بمائة دينار ٨٧٧
لو اختلفا في الثمن، وللمشتري خيار رؤية، أو شرط، أو عيب ٨٧٩
وإن حلف، تمّ التحالف، فينتقض البيع في النصف الذي تصادقا على بيعه بنصف قيمته ٨٨١
الفصل الثالث: إذا ادعيا معًا. أن يدّعي كل واحد منهما الإعتاق على صاحبه ٨٨٢
إن كان البائع معسرا، يخيّر المشتري؛ لأن التغيّر حصل بدعوى البائع، ٨٨٣
وإن اختار الإمضاء، وأبى البائع أن يسلم السعاية، جاء أوان التحالف فيتحالفان إن حلف، ترادّا البيع، ٨٨٥
إن كانت البداية بدعوى الإعتاق من المشتري، والمسألة بحالها، يحلف المشتري ٨٨٦
إن حلف البائع، حُلّف المشتري حينئذ على الإعتاق بدعوى البائع، فإن نكل صار كالإعتاق المعاين ٨٨٧
الفصل الرابع: إذا اختلفا في البيع، وأكّد كل واحد منهما دعواه بيمين العتق. ٨٨٧
الثابت باستصحاب الحال لايصلح حجةً لأمر لم يكن ٨٨٨
فإذا حلف أحدهما، كان صاحبه مكذبا له باستصحاب الحال، فلا يصلح ذلك لإثبات أمر لم يكن ٨٨٩
الفصل الخامس: إذا حلفا بالعتق قبل المنازَعة والمناكَرة. وهو أنهما حلفا قبل التناكر، ٨٨٩

باب من البيوع التي يكون فيها الشروط ولايوفي بها ٨٩١

جمع محمد رحمه الله في الباب بين شرطين: أحدهما: يتعلق بفواته خيار الردّ، والثاني: يتعلق بفواته فساد العقد ٨٩١
فوات المشروط الذي يُعدّ نقصانا يوجب خيار الردّ ٨٩١
المشار إليه إذا كان من جنس المسمى، تعلق العقد بالمشار إليه ٨٩١
وإذا كان من خلاف جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى ٨٩١
التسمية للتعريف، والإشارة كذلك، وكل واحدة منهما، تفيد غير ما أفادته الأخرى ٨٩١
المستحق بالشرط أدنى ما ينطلق عليه ذلك الاسم؛ لأن الأدنى متيقّن ٨٩٢
الزيادة على الأدنى مجهولة غير مضبوطة. ٨٩٢
رجل اشترى عبدا على أنه خبّاز أو كاتب، صحّ العقد والشرط ٨٩٢
بخلاف ما لو اشترى ناقة، على أنها حامل، أو على أنها لبون لايصح العقد ٨٩٣
الأعيان يقابلها البدل، فجهالتها تمنع جواز العقد ٨٩٣

الأوصاف لايقابلها البدل فاشتراطها لايمنع جواز العقد ٨٩٤
فإن وجده غير خباز، أو غير كاتب، كان له الخيار ٨٩٤
فإن لم يردّ حتى تعيّب عنده بعيب، أو مات، يرجع بالنقصان ٨٩٤
روى الحسن عن أبي حنيفة: أنه إذا تعذر الردّ هنا، لايرجع بشيء ٨٩٤
وجه ظاهر الرواية: أن بحكم الشرط صار الوصف المذكور مستحقا بالعقد ٨٩٤
لو اشترى جارية على أنها بكر، فوجدها ثيبا ٨٩٥
اشترى تمرا على أنه فارسيّ، فإذا هو دقل، فإن كانت قيمة الفارسيّ أكثر يرجع بذلك القدر من الثمن ٨٩٥
وإن كانت قيمة هذا الدقل مثل الفارسي، لايرجع بشيء ٨٩٥
لو اشترى قَوْصرّة تمر على أنه فارسيّ جيّد، فإذا هو رديء يقوّم جيّدا: أدنى ما ينطلق عليه اسم الجيّد، ٨٩٥
لو اشترى شاةً على أنها نعجة، فوجدها كبشا، صحّ العقد ٨٩٥
منفعة الدرّ والنسل لاتقوم بالأنثى وحدها، بل تحصل بالأنثى والذكر ٨٩٥
الذكر والأنثى جنس واحد في سائر البهائم؛ لقلة التفاوت بينهما ٨٩٦
بخلاف الذكر والأنثى في بني آدم ٨٩٦
إذا اشترى على أنها وصيفة، فإذا هو وصيف؛ لايصح العقد ٨٩٦
لو اشترى أمة، فوجدها محترقة الوجه، لايستبين لها قبح ولاجمال ٨٩٦
القبح ليس بعيب، والجمال وصف زائد، لايستحق بمطلق البيع ٨٩٦
المستحق من السلامة أدنى ما ينطلق عليه الاسم ٨٩٧
الفصل الثاني: إذا اشترى قوصرَتي تمر على أنهما فارسيّتان بثمن واحد، فوجد أحدَهما دقلا قبل القبض ٨٩٧
الخيار الثابت بفوات الشرط بمنزلة خيار ا العيب، لا بمنزلة خيار الشرط ٨٩٧
الكيلي أو الوزني في الأوعية المختلفة، بمنزلة الأشياء المتفاوتة في حق العيب ٨٩٨
لو اشترى عبدين على أنهما خبّازان، أو كاتبان، فوجد أحدهما، لايُحسن ذلك ٨٩٨
لو اشترى خمسين شاة، على أنها نعاج، فوجد البعض فُحولا ٨٩٨
لو اشترى جاريتين، على أنهما بكران، فإذا إحداهما ثيب ٨٩٨
شترى عبدين، على أنهما طَخاديان، فإذا أحدهما سندي ٨٩٨
لو اشترى طَيْلَسَانَين، على أنهما طرازيان، فإذا أحدهما خُواريّ، فهو جائز ٨٩٩
عن أبي يوسف أنه جعلهما جنسين لتفاوت المنافع والصحيح جواب الكتاب ٨٩٩

لو وكّل رجلا بشراء طيلسان بمائة درهم، صح التوكيل ٩٠٠

ولو كان الجنس مختلفا، لايصحّ ٩٠٠

لو اشترى شخصا على أنه وصيف، فإذا هي وصيفة، أو على العكس، فالبيع باطل ٩٠٠

لو اشترى وصيفين، فإذا أحدهما وصيفة، فسَد البيع صل هذا ما ٩٠٠

إذا اشترى عدل زطيّ على أن فيه خمسين ثوبا، فوجده أحدا وخمسين، فسد العقد ٩٠٠

إذا بطل العقد في البعض بسبب العدم، فيتعدّى الفساد إلى الآخر ٩٠٠

باب من البراءة في العيوب والشروط في البيوع والخيار فيه ٩٠٢

في الباب فصلان: فصل في العيوب، وفصل في الشروط. ٩٠٢

فوات المشروط يوجب الخيار بمنزلة فوات صفة السلامة. ٩٠٢

شرط البراءة من كل عيب، لايكون إقرارا بالعيب ٩٠٢

جميع العيوب لاتجتمع في ذات واحدة ٩٠٢

البراءة عن عيب واحد إقرار بذلك العيب ٩٠٢

كما أن نفي العيوب كلها لايكون إقرارا بالسلامة عن جميع العيوب ٩٠٢

لو قال لغيره: اشترِ هذا العبد، فإنه لاعيب فيه، لايكون إقرارًا بعدم العيوب ٩٠٣

رجل اشترى عشرة أثواب على أن خمسة منها ملاء سباعية، وخمسة منها شقاق، ٩٠٣

فوات شرط المشروط بمنزلة العيب ٩٠٣

في العيب قبل القبض يردّ الكل، أو يمسك الكل ٩٠٤

قال أبو يوسف: ولاية التعيين للبائع؛ لأن تسليم المبيع على الوصف المشروط على البائع ٩٠٤

لو هلك بعض الشقاق، فأراد المشتري أن يعيّن الهالك ليرجع بالنقصان، كان له ذلك ٩٠٥

ولو اشترى عبدين على أنّ أحدهما خبّازأو كاتب، فوجدهما جميعًا لايحسنان الخبز والكتابة بعد القبض ٩٠٦

لو اشتراهما على أن أحدهما طخاري، والآخر سنديّ، فوجدهما سنديّين بعد ما قبضهما ٩٠٦

وأما القسم الثاني: رجل اشترى عبدا على أن به عيبا واحدا ٩٠٦

إذا وجد به عيبين آخرين، فإن حدث به عيب آخر عنده ٩٠٦

لو اشترى عبدين على أن بأحدهما عيباً ولم يسمّ، فوجد المشتري بأحدهما عيبا ٩٠٧

إن وجد بأحدهما عيبين، أو وجد بكل واحد منهما عيبا ٩٠٧

فإن كان قبض، ثم وجد بالعبدين عيبا، لم يسقط خياره ٩٠٧
من اشترى شيئا، ثم وجد ببعضه عيبا، ثم قبض شيئا من المبيع ٩٠٨
إن قبض أحدهما ولم يعلم بالعيب ثم وجد بالذي لم يقبضه عيبا فقبضه ثم علم بالعيب ٩٠٨
وكذا لو اشترى عشرة أثواب، على أن خمسةً منها لاعيب بها، وعلى أن البائع برىء من ثلاثة
عيوب بكل واحد من الخمسة ٩٠٩
إن وجد بواحد من الخمسة أربع عيوب فإن حدَث به عيب عنده ٩٠٩
إن شرط البراءة من كل عيب، لايكون إقرارا بالعيب ٩١٠
قال: أبيع هذا العبد على أن لاعيب به، لكني أتبرأ مع ذلك عن عيب واحد، ثم وجد به عيبين ٩١٠
ولو قال: على أن بواحدٍ منهما ثلاث شجاج، فوجد بأحدهما ثلاث شجاج، ثم استحقّ أحدهما ٩١٠
لو وجد بأحدهما أربع شجاج، واستحق الآخر ٩١١
شرط البراءة عن العيوب المعدودة إقرار بوجودها ٩١١
لو قال: اشتره، فإنه ليس بأبق، ثم وجده آبقا ٩١٢

باب ما يجوز من الشيئين يباعان أو يستأجران فيرضى بأحدهما ولايرضى بالآخر

وما يكون من ذلك في النكاح والخلع والصلح والكتابة وغير ذلك ٩١٣
بنى الباب على معرفة حكم العقود: العقود التي يتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة ٩١٣
قسم: يُبطله الشرط الفاسد، وجهالة البدل والصلح عن دعوى المال ٩١٣
وقسم: لايُبطله الشرط الفاسد، ولاجهالة البدل والصلح عن دم العمد ٩١٣
وقسم: له شَبه بالبيع، والنكاح، وهو الكتابة، يبطلها جهالة البدل، ولايبطلها الشرط الفاسد ٩١٣
رجل قال لغيره: بعت منك هذين العبدين بألف درهم، أو فصّلَ فقال: قبلت العقد في هذا دون هذا ٩١٤
إذا قبل البيع في الردّىء، تمّ الرضى، وصار ذلك شرطا ملائما لامفسدا ٩١٥
أما إذا أجمَل الثمن، فقبِل في أحدهما ٩١٥
لو قال لرجل: زوّجتك أمتي هاتين بمائة دينار، أو فصّل، فقال: كل واحدة بخمسين دينارا، فقال:
قبلت نكاح هذه دون هذه ٩١٦
وكذا لو قال الزوج للمولى وكذا العتق على مال، و الخلع، والطلاق على مال ٩١٦
وكذا لو خاطبه فضولي ٩١٦

والثاني: أنه وإن رضي بالشرط، وفات الرضى، إلاأن الرضى ليس بشرط؛ لصحّة هذه العقود ٩١٧
لو قال لعبدين له: كاتَبتكما على ألف درهم، فقبلَ أحدهما ٩١٧
إنما فرّق بين ما إذا أوجب البيعَ لواحد، وبين ما إذا أوجب لاثنين، أما إذا أوجب البيعَ لشخصين ٩١٨
ولو جمع بين النكاح وبين البيع ٩١٨
وكذا لو جمع بين نكاح وإجارة، وكذا لو جمع بين البيع والطلاق والعتاق ٩١٨
لو كاتَبه على أن لايتّجِر، ولايخرج من الكوفة ٩١٩
رجل له قصاصان على رجل، بأن قتل رجلين، وليّهما واحد، فصالَحه الولي عن الدمين على عشرة آلاف درهم ٩١٩
ولو كان لرجل دم عمد على رجلين، فقال: صالحتكما من الدمين على ألف، أو فصّل ٩٢٠
لو قال لغيره: أجرتك عبدي هذا شهرا، وبعتك جاريتي هذه بألف، فقال: قبلت ٩٢١
لو قال العبد لمولاه: أعتِقني بألف، فقال المولى: أعتقت نصفك ٩٢٣
لو قال لامرأته: أنت طالق ثلاثا بألف، أو على ألف فقالت: قبلت واحدة ٩٢٤
إذا وكّل رجلا ليطلّق امرأته ثلاثا بألف، فطلّقها الوكيل واحدة بألف ٩٢٤
لو قالت لزوجها: طلّقني ثلاثا بألف، فطلّقها واحدة ٩٢٥
طلّقني وفلانةً على ألف، فطلّقها وحدَها ٩٢٦
لو قال: أنت طالق واحدة بألف، فقالت: قد قبِلت نصف هذه التطليقة ٩٢٧
ولو قالت: قبِلت نصف التطليقة بخمس مائة ٩٢٧
وكذلك الصلح عن دم العمد، إذا قال مَن له القصاص لمن عليه: صالحتك من الدم على ألف ٩٢٧
وكذا لو قالت المرأة لزوجها: طلّقني واحدة بألف، فقال الزوج: أنت طالق نصف التطليقة بألف ٩٢٨
فرّق بينما إذا كان الإيجاب من المولى ومن الزوج وبين ما إذا كان الإيجاب من المرأة وممّن عليه القصاص ٩٢٨
ولو قال: تزوجتك وفلانة على ألف درهم، فقبِلت المخاطبة، وأبَت الأخرى ٩٢٩
لو قبِلت إحداهما في الفصل الثاني، ثم قبِلت الأخرى بعد ذلك ٩٣٠
ولو قال لامرأتيه: أنتما طالقان بألف، فقبِلت إحداهما دون الأخرى ٩٣٠
وكذا لو قال لعبدين له: أنتما حران بألف، فقبِل أحدهما ٩٣٠
إذا فسدت التسمية في النكاح لمكان الجهالة، يلزم مهر المثل ٩٣١

باب ما يقدر على الردّ بالعيب وما لايقدر في بيع المكاتب والمأذون ٩٣٢
مسائل الباب أقسام ثلاثة: قسم في المكاتب، وقسم في الوارث، وقسم في المأذون ٩٣٢
منها: أنّ كل ما يمنع البيع، يمنع الردّ بالعيب ٩٣٢
ومنها: أن الردّ بالعيب من حقوق العقد، وحقوق العقد ترجع إلى العاقد. ٩٣٢
ومنها: أن المكاتَب إذا ملك أباه أو ابنه يتكاتب عليه، لأن المكاتب حرّ من وجه ٩٣٣
فإن وجد به عيبا، لايردّه بالعيب ٩٣٣
فإن عجز المكاتب، وردّ في الرقّ، فللمولى أن يردّ ابنه على بائعه بالعيب على بائعه من المكاتب ٩٣٤
إذا مات المكاتب، أو بيع، يكون الردّ إلى المولى ٩٣٥
وكذا لو أبرأ المولى قبل عجز المكاتب، صحّ إبراءه ٩٣٦
ولو اشترى المكاتب أخاه أو أخته أو ذا رَحم محرم منه ٩٣٦
ولو اشترى المكاتب أمّ ولده، ثم وجد بها عيبا، فإن لم يكن معها ولد، ردّها بالعيب ٩٣٧
ولو اشترى عبدا فكاتبه، ثم وجد به عيبا لايردّ، ولايرجع بالنقصان. ٩٣٧
فإن عجز المكاتب صار ملكا للمولى، ولم ينفذ الإبراء السابق ٩٣٨
الفصل الثاني: حر اشترى عبدا، فباعه من وارثه في صحتّه بثمن ثم مات فورثه المشتري، ثم وجد به عيبا ٩٤٠
وإذا ردّ على الوصيّ عاد العبد إلى ملك الميت ٩٤١
الفصل الثالث: عبد مأذون مديون عليه دَين مستغرق بالرقبة، اشترى عبدا وقبضه، ثم باعه من مولاه ٩٤٢
وهذه فصول أربعة: أحدها: أن المريض المديون بدين مستغرق، لاتتحمّل منه المحاباة أصلا ٩٤٢
كلّ من كان متّهما بالميل غير مسلّط على التصرف من جهته لاتتحمّل منه المحاباة. ٩٤٣
إذا كان الثمن من النقود، أو المكيل، أو من الموزون بغير عينه، أو من العروض، وهو مستهلك ٩٤٥
الصفقة لاتتمّ إلا بالقبض؛ لأن ملك المشتري لايتمّ قبل القبض ٩٤٥
واستوضح هذا بفصلين: أحدهما: إذا اشترى شيئا، فوجد به عيبا قبل القبض، فصالحه من العيب على جارية، كانت الجارية زيادة في أصل البيع ٩٤٦
والثاني: الوكيل بالشراء إذا وجد بالمشترَى عيبا قبل القبض، وأبرأ البائع عن العيب ٩٤٦

باب ما يشتري الوكيل والمضارب والشريك والمفاوض والعبد المأذون والوصي والأب على ولده الصغير والمكاتب من ذي الرحم المحرم فيجوز أو لايجوز ٩٤٨

جمَع في الباب فصولا سبعة، وبنى الباب على أصلين أحدهما: أن الأمر بالمقيّد يجري على تقييده، ٩٤٨
والمطلق على إطلاقه حتى يقوم دليل التقييد استدلالا بأوامر الشرع ٩٤٨
والثاني: أن الوكيل بالشراء إذا خالَف أمرَ الآمر، ينفذ عليه دون الآمر ٩٤٨
رجل وكّل وكيلا بأن يشتري له جاريةً بألف درهم، فاشترى له أخته من أبيه، أو أمه ٩٤٨
الفصل الثاني رجل دفع ألف درهم مضاربةً فاشترى المضارب بها جارية ذات رحم محرم من ربّ المال ٩٤٩
لو اشترى المضاربُ بمال المضاربة جاريةً هي ذات رحم محرم من المضارب ٩٥٠
لو اشترى المضارب ذات رحم محرم من نفسه نصفها على المضاربة بمال المضاربة ونصفها لنفسه بمال نفسه ٩٥٠
الفصل الثالث: شريك العنان إذا اشترى بمال الشركة جاريةً هى ذات رحم محرم من الشريك ٩٥١
الفصل الرابع: أحد المتفاوضين إذا اشترى جارية هي ذات رحم محرم من الشريك ٩٥١
لو اشترى أحدهما طعاما للنفقة، كان شريكه مطالبا بالثمن، وإن لم يملك شيئا من المشتري ٩٥٣
الفصل الخامس: عبد مأذون اشترى ذاتَ رحم محرم من المولى، ٩٥٣
ضمان التملّك لايختلف باليَسار والعَسار، فيضمن على كل حال ٩٥٣
ولو أن المولى دفع إلى عبده المأذون مالاً ليتّجر به، فاشترى به ذا رحم محرم من المولى لم ينفذ على المولى
٩٥٤
الفصل السادس: الأب إذا اشترى لابنه الصغير، أو الكبير المعتوه جاريةَ هي ذات رحم محرم من الابن ٩٥٤
فإن نقد الثمن من مال الابن ضمن مثله ٩٥٥
الفصل السابع: رجل تزوّج أمة، فولدت أولادا، ثم ملكها، فكاتَبها ٩٥٦
وإذا دخل الولد في كتابتها صار ملكا للمولى ٩٥٦
المكاتب إذا باع عبدا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم عجز، بطل خياره، ويتمّ البيع؛ ٩٥٦
الأب إذا باع عبد ابنه الصغير على أنه بالخيار ثلاثة أيام، أو باع الوصيّ، فبلغ الصبيّ في مدة الخيار ٩٥٧

باب من البيع الذي يُباع بغير إذن صاحبه ثم يجحده صاحبه أو أقرّ به البائع أو يوهب له ٩٥٩
بَنى الباب على أصلين: أحدهما: أن التناقض يمنع صحّة الدعوى ٩٥٩
والثاني: أنّ المتعاقدين إذا اختلفا في الصحّة والفساد ٩٥٩
رجل باع عبدا لرجل من رجل، ثم قال: لم يأمرني صاحبه ببيعه، وقال المشتري: لابَل أمَرك به ٩٦٠
وإن تصادقا أن البيع كان بغير أمر المالك، يفسخ القاضي العقد بينهما ٩٦١

عبد في يد رجل، جاء رجل فقال: إن صاحب العبد أمَرَكَ ببيع هذا العبد فبعه مني بكذا فصدّقه فيما قال ٩٦١
فإن حضر صاحب العبد عند القاضي، وجحد التوكيل، وغاب ٩٦٢
الوكيل بقبض الدين إذا طلب المال، فقال الغريم: إن صاحب الدين قد استوفي الدين مني أو قد أبرأني،
فطلب يمين صاحب المال ٩٦٣
والفرق بينهما أن في مسألة العيب سبب الردّ قد تحقق، وهو العيب،
إلا أنّ المبيع إذا كان مقبوضا لايتمكّن المشتري من الفسخ إلا بقضاء القاضي ٩٦٣
إذا جحد صاحب المال الوكالة عند القاضي، كان كلّ واحد من العاقدين بسبيل من فسخ هذا العقد
من غير قضاء ولارضى ٩٦٣
فإن أقام البائع البينة على إقرار المشتري أنّ المالك جحد الوكالة، تقبل ٩٦٤
والفرق: أنّ في حياة المالك لو قبلت بينة البائع على هذا الوجه، إنما تقبل من حيث إنه أصل،
ومن حيث أنه أصل فهو متناقض ٩٦٤
وإن حضر صاحب العبد وجحد الأمر، وأراد أخذ العبد من المشتري، والمشتري غائب فليس له أن يأخذ ٩٦٥
الملك في المضمون يستند إلى وقت وجود سبب الضمان وسبب وجوب الضمان هو التسليم إلى المشتري ٩٦٦
لو لم يحضر صاحب العبد، حتى مات، فوَرثه البائع ورجل آخر نصفين، فقالا للمشتري: إنّ صاحب
العبد لم يكن أمره بالبيع، وأراد أخذ العبد ٩٦٦
فإن نكل انقطعت خصومته، ويثبت الأمر، وإن حلف لايثبت البيع في نصيبه، ٩٦٧
فإن نكل المشتري عن اليمين، دفع العبد إلى المستحق، ويرجع المشتري بالثمن على البائع ٩٦٧
فإن قال المشتري: لم يكن العبد لفلان الميت، ولم يكن فلان الميت أمره بالبيع، نقض القاضي البيع
في النصف الآخر، طلب المشتري ذلك أو لم يطلب ٩٦٨
من سعى في نقض ما تمّ به، لايصحّ. ٩٦٨
منها: أن من باع دارا هو شفيعها، لم يكن له أن يأخذ بالشفعة، لأنه يصير ساعيا في نقض
ملك أوجبها للمشتري ٩٦٨
الوكيل بالشراء لو كان شفيعا، لاتبطل شفعته ٩٦٩

باب من الوصايا التي تبطل ويفسخ فيها البيع والهبة ثم يردّ ذلك إذا خرج

للميت مال وما لايردّ ٩٧٠

بني الباب على أصول: منها: أن الموصى له بالثلث شريك الوارث، فيجب التسوية بينه وبين الوارث، ٩٧٠

والثاني: أن الدَّين ليس بمال لايدخل في القسمة، ولايعدّ من التركة في الحال وإنما يعتبر مالاً عند الخروج ٩٧٠

والثالث: أنّ القبض بحكم العقد، إذا انتقض قبل خروج الدين، ثم خرج الدين، إن كان عقدا لايتعلّق تمامه بالقبض في المجلس، يعود البيع ٩٧٠

والرابع: أنّ المحاباة وصية في ضمن البيع، فإذا بطل البيع بطل ما في ضمنه ٩٧٠

مسائل الباب على قسمين: قسم في العقود، وقسم في الإقالة ٩٧٠

مريض وهب لرجل عبدا قيمته ثلثمائة درهم، وسلّم العبد إلى الموهوب له، ثم مات ٩٧٠

فإن خرج الدين بعد ذلك، ووصل إلى الورثة، أمرهم القاضي بردّ ثلثي العبد على الموهوب له ٩٧١

ولو كان على المريض دَين مستغرق، ينقض النقض في الكلّ، وفيه إعادة الهبة بعد انتقاضها ٩٧٢

مريض اشترى عبدا يساوي مائة درهم بثلثمائة درهم، وتقابضا، وليس له من المال العين غير ذلك، ثم مات، وله على رجل ألف درهم إلى سنة، وأبى الورثة أن يجيزوا للبائع كلّ الثمن ٩٧٢

مريض أسلم إلى رجل ثلاثمائة درهم في كرّ شعير يساوي مائة درهم، ونقَد رأس المال في المجلس، ثم مات، وله على رجل ألف درهم إلى سنة ٩٧٣

وإن لم ينقض السلَم، أمره القاضي بردّ مائة من رأس المال على الورثة، ويسلم الشعير حالا ٩٧٤

القبض إذا انتقض بحق سابق يجعل كأن لم يكن ٩٧٥

فإن نقض الصرف، وردّ المائة، بطل حقه في المحاباة، حتى لو خرج الدين ٩٧٥

فإن خرج الدين بعد ذلك، لاسبيل له على ما ردّ ٩٧٦

رجلان تصارفا دينارا بعشرة دراهم، وتقابضا، وافترقا، ثم وجد بعض الدراهم زُيوفا أو بنهرَجة ٩٧٦

أما فصل الإقالة: رجل أسلم إلى رجل في صحّته عشرين درهما، في كرّ حنطة يساوي ستين درهما، ودفع رأس المال، ولم يقبض الكرّ، ثم مرض رب السلم، وأقال السلم في مرضه ٩٧٦

فرّق بين هذا وبين ما تقدم، فيما تقدم: يخيّر البائع بين النقض والإمضاء، ولم يخيّر بين نقض الإقالة وإمضاءها ٩٧٦

وكذا لو اختلفا في رأس المال بعد الإقالة، كان القول قول المسلم إليه مع يمينه ٩٧٧

تصرفات المريض على نوعين، منها ما يحتمل النقض بعد النفاذ، ومنها ما لايحتمل ٩٧٨

إقالة السلم مما لايحتمل النقض بعد النفاذ، فينفذ فيما هو فارغ عن حق الورثة ٩٧٨

رجل باع كرّا من تمر فارسي يساوي ستين درهما في مرضه، بكرّ من دَقَل يساوي عشرين درهما وتقابضا ٩٨٠
فإذا لم يسلم له، والبيع مما يحتمل الفسخ، كان له أن يفسخ وإن أبي أن ينقض البيع، فإنّ القاضي يجيز البيع
في نصف الفارسي بنصف الدّقل ٩٨٠
فإن خرج الدين بعد ذلك، يردّ على بائع الدّقل النصف الباقي من الفارسي ويؤخذ منه نصف الدقل ٩٨١
وفي الوصية بالبيع إذا فات محل الوصية، تبطل الوصية ٩٨٢
رجل اشتري عبدا يساوي تسع مائة درهم بمائة درهم، وتقابضا، ثم مرض المشتري وأقال البيع في
مرضه، ثم مات ٩٨٢
فإن باع بعض الورثة نصيبَه دون البعض، ردّ عليه ما بقي، اعتبارا للبعض بالكلّ ٩٨٤
مريض باع إناء من فضة وزنه عشرون، وقيمته لصياغته ستون، باعه بعشرين درهما، وتقابضا، ثم مات،
وله على رجل ألف درهم لامال له غيره، وأبت الورثة أن يجيزوا ٩٨٥

باب ما يساوم به الرجل أو يشتري أو يشهد به فيقضي بشهادته أو لايقضي

ثم ادّعاه لنفسه أو لغيره ٩٨٦
في الباب فصلان: فصل في المساومة، وفصل في الشراء وما يجري مجراه. ٩٨٦
وبنى الباب على أصلين:
أحدهما: أنّ الاستيام، والشراء، وما يجري مجراه من أسباب الملك إقرارٌ بأن لاملك له قطعا ٩٨٦
لأن إقدام العاقل على التصرف طلب لحكمه المتعلق به، فيكون طلبا للصحّة والجواز ٩٨٦
والثاني: أنّ التناقض يمنع صحّة الدعوى، وسعي الإنسان في نقض ما تمّ به بمنزلة التناقض ٩٨٧
والثالث: أنّ الإقرار إذا ثبت في ضمن البيع، يبطل إذا بطل البيع ٩٨٧
رجل اشتري طَيلَسانا بثمن، وتقابضا، ثم ادّعى أنّ الطيلسان كان لأبيه يوم اشترى ٩٨٧
فإن كان الأب حيا، فأقام البينة أن الطيلسان له، تُسمع دعواه، ويقضي له به ٩٨٧
فإن مات الأب، فورث الابن الطيلسان، سلم له، ولم يكن للبائع سبيل في استرداد الثمن ٩٨٨
قيام الخصومة شرط لصحّة القضاء ٩٨٨
وإذا قضى القاضي بحصته من الثمن، يخيّر المشتري: إن شاء ردّ الباقي، وسقط عنه كلّ الثمن ٩٨٩
فإن مات الأب بعد ذلك، وورث الابن الطيلسان، فهو على وجوه ثلاثة: إما أن مات
قبل أن يرجع المشتري بالثمن على بائعه، أو بعد ما رجع بالقضاء، أو بالتراضي ٩٨٩

وإن كان المشتري رجع بالثمن على بائعه بالقضاء، ثم مات والده، كان البائع بالخيار ٩٨٩
وإن كان المشتري رجع على بائعه بالثمن من غير قضاء، وأخذ الثمن بالتراضي، ثم مات والده، كان للبائع أن يأخذ الطيلسان من المشتري، وليس له أن يستردّ الثمن ٩٩٠
وأما فصل المساومة: رجل في يده طيلسان، فقال له رجل: بعني هذا الطيلسان، فلم يتفق بينهما بيع، أو جرى بينهما بيع بشرط الخيار لأحدهما ٩٩٠
المساومةَ إقرار من حيث الظاهر، إلا أن الظاهر لايصلح حجةً للاستحقاق ٩٩١
من ساوم رجلا بشيء، ثم اشترى ذلك الشيء من آخر، وقبضه ٩٩١
المساومة إقرار له بالملك ٩٩١
ولو قال عند المساومة: هذا الطيلسان لوالدي، وقد وكلّكَ ببيعه، فبعه مني، فلم يتفق بينهما بيع ٩٩١
فإذا بطل البيع بقضاء القاضي للمستحق، بطل ما في ضمنه، لأن الظاهر لايصلح حجة للاستحقاق ٩٩٢
مجرد القول لاعلى وجه الشهادة لايكون حجة ولا طلبا للحكم، ليكون دليلا على صحّة البيع ٩٩٢
وكذا لو شهدا بإجارة دارٍ لرجل، ثم ادّعيا لأنفسهما، وأقاما البينة، لم تقبل بينتهما ٩٩٣
وكذا لو ادّعيا لغيرهما بوكالة ذلك الغير ٩٩٣
الثابت بالبينة كالثابت عيانا ٩٩٤
فإن كان المستأجر والمشتري مقرّين بذلك، والبائع والآجر يجحدان ذلك، مضت الإجارة والبيع ٩٩٥
رجل اشترى من رجل عبدا، أو ساوَمه، ثم أقام البينة أنّ العبد كان لأبيه يوم الشراء، وأنه كان وكيل البائع بالبيع ٩٩٥
ولو وكل رجلا بالخصومة في عبد، فأقام المدّعى عليه البينة أنّ الوكيل ساوَمه هذا العبد في غير مجلس القضاء قبل الوكالة أو بعدها ٩٩٥
والأصل في هذا: أنّ الوكيل إذا أقرّ لغير الموكل بالملك، فإن كان الإقرار قبل التوكيل، خرج من أن يكون خصما لمكان التناقض ٩٩٦
الظاهر يصلح حجة للدفع دون الاستحقاق ٩٩٧
رجلان وكلا بالخصومة في دار، واستثنى الموكل إقرارهما، فخاصما فيها ٩٩٧
الشهادة بالبيع إقرار بالملك من حيث الظاهر ٩٩٨

باب من البيع الذي فيه الخيار الذي يلزم به بعض المبيع ٩٩٩

في الباب فصول أربعة: خيار الشرط في بعض المبيع، والثاني خيار الشرط فيما لايبقى، والثالث
الإبراء في خيار الشرط، والرابع تفريق الصفقة في البيع الموقوف ٩٩٩
وبني الباب على أصول: أحدهما: أنّ جهالة المبيع أو الثمن تمنع جواز العقد ٩٩٩
والثانى: أنّ أحد العاقدين لايملك تفريق الصفقة قبل التمام لما عُرف ٩٩٩
والثالث: أن جهالة الثمن في الابتداء تمنع الانعقاد لوصف الصحّة، ٩٩٩
الجهالة الحادثة بعد العقد لاتمنع البقاء، لتعذّر الاحتراز عنها ٩٩٩
رجل اشترى عبدين بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما، لم يجز،
وهذه المسألة على وجوه أربعة ٩٩٩
أحدها: أن يكون محل الخيار معلوما وثمنه معلوما ١٠٠٠
والثاني: أن يكون محل الخيار مجهولا، وثمنه مجهولا ١٠٠٠
والثالث: أن يكون محل الخيار معلوما، وثمنه مجهولا ١٠٠٠
والرابع: أن يكون محل الخيار مجهولا، وثمنه معلوما ١٠٠٠
خيار الشرط يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ١٠٠٠
فرّق بين هذا، وبين ما إذا باع عبدين بألف، فإذا أحدهما مكاتَب أو مدبر أو أم ولد ١٠٠١
لو اشترى عبدين بألف، فإذا أحدهما ملك المشتري، جاز العقد في الآخر ١٠٠١
ولو اشترى شيئا واحدا أو مكيلا أو موزونا، وشرط الخيار في نصفه، أو في ثلثه، فهو جائز ١٠٠١
فرّق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا، وبين ما إذا شرط الخيار للمشتريَين، فأجاز أحدهما وفسخ الآخر ١٠٠٢
لو أراد البائع قبض جميع الثمن، لايجبر المشتري على ذلك ١٠٠٢
لو طلب المشتري أن يأخذ العبدين، وينقد جميع الثمن، وهو على خياره، لم يجبر البائع عليه ١٠٠٤
لو اشترى عبدا على أن المشتري بالخيار، لم يجبر البائع على تسليمه ١٠٠٤
الفصل الثاني: رجل اشترى شيئا يفسد مثل الفاكهة والسمك الطري والعصير على أنه بالخيار ثلاثة أيام ١٠٠٤
وكذلك رجل في يده سمكة طريّة، ادّعى رجل أنه اشتراها منه، وجحد البائع ١٠٠٥
الفصل الثالث: البائع إذا أبرأ المشتري عن الثمن، والخيار للمشتري، فتمّ البيع بينهما، فإبراءه باطل ١٠٠٥
الإبراء إسقاط، فلا يصحّ قبل الوجوب ١٠٠٦
وأما الفصل الرابع، وهو تفريق الصفقة في البيع الموقوف: فهو على وجوه ثلاثة: إما إن كان البيع
بين ثلاثة نفَر، أو كان بين رجلين، أو كان لواحد ١٠٠٧

أما الأول: عبد بين ثلاثة، قال أحدهم لرجل: إن هذا العبد بيني، وبين فلان وفلان أثلاثا،
وأنا أبيعكم بكذا، وهما غائبان ١٠٠٧
ولو أجاز أحد الغائبين، وأبى الآخر، لزم المشتري نصيبه ١٠٠٨
ولو كان العبد لواحد، فقال رجل: إنّ هذا العبد لفلان، وأنا أبيعكه بكذا، لعله يجيزه ١٠٠٩

باب النصرانيّ يُسلِم وله خمر فيأمر نصرانيّا ببيعها ما يجوز من ذلك وما لا يجوز ١٠١٠
في الباب فصولا أربعة: التوكيل ببيع الخمر وشراءها، والموكّل مسلم أو نصرانيّ.
والثاني: المسلم إذا أذن لعبده النصراني في التجارة، فاشتري الخمر.
والثالث: التوكيل بشراء ما باع بأقلّ مما باع قبل نقد الثمن.
والرابع: المسلم إذا وكل نصرانيا بشراء عبد بخمر بغير عينها. ١٠١٠
وبني الباب على أن شرط صحة التوكيل بالمعاوضة في قول أبي حنيفة أهلية الوكيل للتصرف المأمور به،
وأهلية الموكل لحكم التصرف، ولايعتبر أهلية الموكل للتصرف المأمور به ١٠١٠
وقال أبي يوسف ومحمد: يعتبر أهلية الوكيل والموكل جميعا ١٠١١
عقد الوكيل كعقد الموكل، كأنه باشره بنفسه، إن كان فاسدا من الموكل يكون فاسدا من الوكيل ١٠١١
المسلم إذا وكل مجوسيا ليزوّجه امرأةً مجوسيّة، لايصح ١٠١١
الوكيل كان مالكا للتصرف قبل التوكيل ١٠١٢
نصراني أسلم، وله خمر، فوكّل نصرانيا ببيعها ١٠١٢
ولو وكل نصراني مسلما بذلك، ففعل ١٠١٢
في التوكيل بشراء الخمر يملك الخمر، ويخلّلها ١٠١٤
الفصل الثاني: مسلم أذن لعبده النصراني في التجارة، فاشترى الخمر، وباع ١٠١٤
ولو أن نصرانيا وهب لمسلم خمرا، فقبله، وقبض، كان باطلا ١٠١٥
وأبو حنيفة فرّق بين الوكيل بقبول الهبة، وبين الوكيل بالشراء ١٠١٥
الفصل الثالث: رجل باع عبدا بألف إلى سنة وسلّم ثم وكل رجلا بأن يشتريه له بخمسمائة حالّة ففعل ١٠١٦
الفصل الرابع: مسلم وكل نصرانيا بأن يشتري له عبدا بألف رطل من خمر وسَط بغير عينها، فاشترى ١٠١٧
لو استقرض نصراني من نصراني خمرا، ثم أسلم المستقرض قبل القبض ١٠١٨

كتاب الشفعة ١٠١٩

باب الشفعة التي تكون بمنزلة الاستحقاق وغير ذلك ١٠١٩

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أنّ الاستحقاق بحق سابق على العقد يُبطل العقد ١٠١٩

والثاني: أن الشفيع مقدّم على المشتري، فيتقدّم على من قام مقام المشتري ١٠١٩

رجل اشترى من رجل دارا، وقبضها، أو لم يقبضها، ثم جاء رجل، وادّعى أنّ الدار له ١٠١٩

ولو باعها حقيقة، ثم أخذها الشفيع بالبيع الأول، يبطل البيع الثاني ١٠٢٠

وإن أخذها الشفيع بالشفعة بالتراضي، لا بقضاء قاض ١٠٢٠

ولو زاد في الثمن بعد الاستحقاق، لا تصح الزيادة ١٠٢١

فرّق بين هذا وبين الصلح، فإن ثمّة إذا أخذها الشفيع بقضاء، يرجع ببدل الصلح، وإن أخذها بغير قضاء لا يرجع ١٠٢١

رجل اشترى دارا، وهو ورجل آخر شفيعها، ثم وهبها المشتري من رجل وسلّمها إلى الموهوب له ١٠٢٢

حق الشفعة يثبت عند زوال ملك البائع قبل ثبوت ملك المشتري ١٠٢٢

وكذا لو وهب دارا لرجل وسلم، ثم رجع في نصفها ١٠٢٣

رجل شهد لرجل بدار في يد رجل، فلم يقبل القاضي شهادته حتى اشتراها ١٠٢٣

الشفيع مقدّم على المشتري لأن العتق إنما ينزل في ملك المشتري بعد التقرّر ١٠٢٥

ولو اشترى الدار رجل غير الشاهد، وقبَضها، ثم باعها من الشاهد وسلم، ثم حضر الشفيع ١٠٢٧

رجل أسر العدوُّ عبدا له، فاشتراه رجل منهم، وأخرجه إلى دار الإسلام ١٠٢٧

استيفاء الأرش من السعاية يعتمد صحة القضاء ١٠٢٩

وجهالة المقضي عليه تمنع صحة القضاء، ١٠٢٩

رجل اشترى عبدا شراء فاسدا، وقبضه، ثم أقرّ أنه عبد فلان قد دبّره ينقطع حق البائع في الاسترداد ١٠٢٩

باب العهدة في الشفعة على من تكون ١٠٣٠

بنى الباب على أصول:

منها: أنّ عهدة الشفيع تجب على من يسلم إليه الدار، ويأخذ منه الثمن ١٠٣٠
ومنها: أنّ البائع والمشتري لا يملكان إبطال حق الشفيع ١٠٣٠
حق الشفعة عُرف بخلاف القياس لدفع ضرر الدخيل ١٠٣٠
ومنها: أن حق الشفيع لا يبطل بالفسوخ، ولا يتجدّد به ١٠٣٠
رجل اشترى دارا، وقبضها، ثم وجد بها عيبا، فردّها بقضاء، أو بغير قضاء قبل القبض ١٠٣١
وإن ردّها بعيب بعد القبض بغير قضاء، ثم حضر الشفيع، كان له الخيار ١٠٣١
الردّ بالعيب بعد القبض بغير قضاء بمنزلة البيع المبتدأ في حق الشفيع ١٠٣١
الإقالة بمنزلة الردّ بعيب بغير قضاء بعد القبض ١٠٣٢
ولو تصادق البائع مع المشتري أن البيع الذي كان بينهما، كان بيع تلجئة ١٠٣٣
وإن كان الشفيع لم يسلّم الشفعة حتى ردّها البائع بالتلجئة ١٠٣٣
رجل اشترى دارا بعبد، وقبض الدار، ولم يدفع العبد حتى حضر الشفيع، كان للشفيع
أن يأخذ الدار بقيمة العبد ١٠٣٤
فإن لم يحضر الشفيع حتى مات العبد عند المشتري، أو ردّ الدار بعيب بقضاء قاض ١٠٣٤

باب في الشفعة التي يأخذها كلّها والتي لا يأخذها والصرف والثمر بالثمر ١٠٣٥

في الباب فصول ثلاثة: فصل في الشفعة، وفصل في الوكالة، وفصل في المالك القديم. ١٠٣٥
أما فصل الشفعة، فهو على وجوه أربعة: ١٠٣٥
أحدها: أن يشتري أرضا ونخلا بألف، فأثمرت قبل القبض ١٠٣٥
والثاني: إذا اشترى أرضا ونخلا بتمر، فأثمرت قبل القبض ١٠٣٥
الثالث: إذا أثمرت بعد القبض ١٠٣٥
والرابع: إذا اشترى دارا بعبد ١٠٣٥
والأصل فيه: أنّ أخذ الشفيع بالشفعة ابتداء تملّك بعوض ١٠٣٥
الشفعة تثبت في المنقول ما دام تبعا للأرض ١٠٣٦
الشفيع إنما يأخذ الدارَ بالشفعة بتحوّل الصفقة إليه على الصفة التي كانت في حقّ المشتري ١٠٣٦
أنّ الملك مع الضمان إذا اجتمعا، يطيب الربح ١٠٣٦
رجل اشترى أرضا فيها نخيل بألف درهم، ولم يقبضها حتى أثمرت النخيل لو اشترى أرضا مبذورة،

فنبت الزرع، وحصده المشتري، ثم حضر الشفيع ١٠٣٩
تعريف الربا: «فضلُ مالٍ خالٍ عن العوض المشروط في عقد المعاوضة» ١٠٤٠
ولو كان الثمر موجودا وقت العقد، فاشترى بتمر ١٠٤٠
ولو اشترى عبدا يساوي ألفين بألف درهم، فقتله إنسان خطأ ١٠٤٠
ولو اشترى الكل بالتمر، وحصة الثمر الحادث أقل من الثمن أو أكثر، يكون ربا ١٠٤١
واستوضح هذا بالنصراني إذا اشترى من نصرانيّ دارا بخمر، ولها شفيع نصراني ١٠٤٢
ولو اشترى أرضا ونخلا بعشرة أكرار تمر برنيّ وسَط، وقبض المشتري ١٠٤٢
ولو أن المشتري جدّ الثمار، ثم حضر الشفيع ١٠٤٢
ولو كان المشتري باع الثمر على النخيل، ثم حضر الشفيع، كان له أن يأخذ الكل ١٠٤٣
ولو أراد أن يأخذ النصف الذي باع لا غير بخمسين دينارا، كان له ذلك ١٠٤٤
لو اشترى خاتَما فيه فصّ وقبضه، ثم نزع الفصّ، وهو لا يضر بأحدهما ١٠٤٥
ولو اشترى دارا، وبناها، ثم حضر الشفيع، فللشفيع أن ينقض البناء، ويأخذ الدار بالشفعة ١٠٤٥
الوجه الرابع من فصل الشفعة إذا اشترى دارا بعبد، فإن الشفيع يأخذها بقيمة العبد ١٠٤٥
وإن كانت قيمة العبد بحيث لو قسّمت أصاب الصفائح والسلاسل أقلّ من وزنها أو أكثر من وزنها ١٠٤٦
ويختار ما هو الأيسر للشفيع، لأن حق الشفعة شُرِع نظرا له ١٠٤٦
لا يختار الأيسر في حق الغاصب؛ لأنه جانٍ، والجاني لا يستحق النظر ١٠٤٦
القضاء بالشفعة لا يحتمل التجزّي ثبوتاً وبقاء ١٠٤٧
فرّق بين هذا، وبين ما لو غصب من آخر مدهن فضة، قيمته لصياغته أكثر من وزنه ١٠٤٧
أن أخذ الشفيع بالشفعة تملّك قصديّ ببدل، فكان صرفا، فيراعى فيه شرائط الصرف ١٠٤٨
وإذا بطل القضاء بالافتراق من غير قبض في مسألة الشفعة، لا يبطل حق الشفعة ١٠٤٨
فرّق بين هذا وبين ما إذا اشترى عبدا بإبريق فضة، وتقابضا، فمات العبد، ثم وجد بالإبريق عيبا فردّه ١٠٤٩
لو اشترى نصراني من نصراني دارا بخمر، وشفيعها نصراني، فقضى القاضي له بالشفعة بالخمر ١٠٤٩
فصل الوكالة: رجل وكّل رجلا بأن يشتري له دارا بعينها، بعبد بعينه للمأمور، ففعل المأمور،
فعلى الآمر قيمة العبد للمأمور ١٠٥٠
رجلان لكل واحد منهما دار، وهما متلازمان، فتبايعا إحدى الدارين بالأخرى ١٠٥٠
الفصل الثالث وهو فصل المالك القديم رجل له إبريق فضة وزنه مائة مثقال، وقيمته لجودته

وصياغته أكثر من وزنه ١٠٥١
لو وهَبه العدوّ من مسلم، وأخرجه إلى دار الإسلام، فإنّ المالك القديم يأخذه ١٠٥١
ولو كان المالك القديم اشتراه قبل الأسر، وباعه مرابحةً على الثمن الأول ١٠٥٢
وإن اشتراه ذمي بخمر أو خنزير، أخذه بقيمة الخمر والخنزير،
لأن البدل غير متقوّم في حق المالك القديم ١٠٥٣
وإن اشتراه مسلم منهم بثوب، أخذه المالك القديم بقيمة الثوب ١٠٥٣
ولو أسر العدو عبدا لذمي، فاشتراه رجل منهم ذمي بخمر، أخذه المالك القديم بمثل الخمر ١٠٥٣
لو قضى القاضي للمالك القديم بأخذه، كان للمتملك من العدوّ أن يحبسه حتى يأخذ الثمن ١٠٥٣
فإن مات بعد الحبس بطل البدل ١٠٥٤
الفداء يقابل الأصل دون الأوصاف ١٠٥٤
ولو كانت أمَة فولَدت في يد المتملك من العدو، كان للمولى القديم أن يأخذها مع ولدها ١٠٥٤
رجل غصب من رجل كرّ حنطة، فابتلّ عنده، فصار كرا وثلث كر، فعلى الغاصب مثل ذلك
الكر المغصوب ١٠٥٥

كتاب الرهن ١٠٥٦

باب من الزيادة في الرهن يزيده الراهن ١٠٥٦

بنى الباب على أصلين: أحدهما: أن الزيادة في الرهن إذا صادَفت مزيدا عليه ١٠٥٦
وإذا صحّت الزيادة عندنا، فإن كان جميع الدَين قائمًا، يجعل كأنّ العقد ورَد عليهما ١٠٥٧
كما لو رهن جاريتين، فقبض إحداهما، ثم الأخرى بعد يوم ١٠٥٧
وأصل آخر: أن ولد الرهن رهن؛ لأن حق الحبس حقّ متأكد في الأصل ١٠٥٧
فإن هلكت الأم، هلكت بحصتها من الدَين ١٠٥٨
يعتبر في الانقسام قيمة الأمّ يوم العقد، وقيمة الولد يوم الفكاك ١٠٥٨
رجل رهَن جاريةً تساوي ألف درهم بألف درهم، ثم ولدت ولدا، يساوي ألفا، ثم هلكت الجارية ١٠٥٨
أما جواز الزيادة فلأنها صارت مزيدا عليه، وهو الولد، لأنه رهن ظاهرا ١٠٥٩
لو هلك العبد، والولد معًا، أو هلك العبد، ثم الولد، فإن العبد يهلك أمانة ١٠٦٠

إن هلك الولد يسقط كل الدَين بهلاك الأم، ويستردّ الزيادة بغير شيء ١٠٦٠
فرّق بين هذا، وبين الرهن بدَين مَظنون ١٠٦٠
ولو رهن جارية تساوي ألفا بألف درهم، فولدت ولدا يساوي ألفا، ثم زاد في الرهن غلاما ١٠٦١
ولو رهن عند رجل جارية تساوي ألفا بألف، ثم قضاه الراهن خمسمائة، ثم زاد في الرهن غلاما ١٠٦٢
لو قضى كل الدَين، ثم زاد في الرهن، لاتصحّ الزيادة، ١٠٦٣
لو رهن شيئا، ثم قضى كل الدَين، ثم هلك الرهن، كان على المرتهن ردّ جميع ما قبض ١٠٦٤
فلو أن الجارية لم تهلك، لكن المرتهن وجد الدراهم المقبوضة ستّوقَة أو رصاصا ١٠٦٤
وكذا لو حلف: لايفارق غريمَه، حتى يستوفي ما عليه ١٠٦٤
وجه الفرق لأبي حنيفة: بين مسألتنا هذه، ومسألة الصرف والسلم ١٠٦٦
خروج الرهن من أن يكون رهنا لايتعلق بالقبض ١٠٦٦
أما بطلان الرهن يتعلق بفراغ الذمة، والراهن دفع دراهم الغير عوضًا عن ما في ذمته ١٠٦٧
ولو رهن جاريتين بألفي درهم، كل واحدة منهما تساوي ألفا ١٠٦٨

باب من الرهن الذي يكذّب الراهن أن يكون رهنه ويكذّب العَدل المأمور بالبيع ١٠٧٢

بنى الباب على أصلين: أحدهما: أن الاختلاف متى وقَع في المقبوض ١٠٧٢
والثاني: أن من أنكر حقاً على نفسه كان القول قوله مع اليمين، والبينة على المدعي وهو ظاهر ١٠٧٢
رجل رهَن عند رجل جارية تساوي ألفا بألف درهم، فقبَضها المرتهن، ففي المسألة حكمان:
حكم بين الراهن وبين المرتهن، وحكم بين المرتهن وبين العدل ١٠٧٣
فرق بينه وبين غيره من الوكلاء ١٠٧٥
فإن امتنع الراهن عن بيعها، باعها القاضي أو أمينه ١٠٧٥

باب من الزيادة في الرهن وقد قضاه بعض المال أو نقص الرهن بعَور أو نحوه ١٠٧٨

بنى الباب على أصلين:
أحدهما: ما عرف أن الزيادة في الرهن تصحّ إذا صادفت مزيدا عليه ١٠٧٨

والثاني: أن المرهونة إذا اعورّت، ثم ولدت ولدا ١٠٧٨
رجل رهن عند رجل جارية تساوي ألفا بألف درهم، فاعورّت عند المرتهن، سقط نصف الدَين ١٠٧٨
فرّق بينه وبين المبيعة إذا اعورّت بآفة سماويّة قبل القبض ١٠٧٩
ولو لم تلد الزيادة، ولكن ولدت العوراء ولدا يساوي ألفا ١٠٨٠
فإذا ولدت ولدا حال قيام العقد، ثبت فيه حكم الرهن تبعا ١٠٨١
الشاة المبيعة إذا ماتت قبل القبض ١٠٨١
العصير المبيع إذا تخمّر قبل القبض ١٠٨٢
عن محمد: أن الراهن يفتك العوراء وولدها بتسعة أجزاء من ستة عشر جزءاً من الدَين ١٠٨٤
فإذا هلكت الزيادة هلكت بثلاثة، بقي من الدَين تسعة ١٠٨٥
ثم إن محمدا فرّق بين الولد وبين الزيادة القصدية ١٠٨٥
ولو لم تهلك المرهونة، ولكن الراهن زاد في الرهن بعد قضاء الخمسمائة جارية تساوي خمسمائة ١٠٨٦
الزيادة في الرهن زيادة على المرهونة فيما بقي من الدَين ١٠٨٦
فإن ولدت الزيادة ولدا، كانت الزيادة مع ولدها رهنا بمائتين وخمسين ١٠٨٧
أما الاستيفاء بحكم القضاء أمر حقيقيّ لايرتفع بالولد ١٠٨٧

باب من الرهن في المكيل والموزون والصرف ١٠٨٨

ويسمى هذا الباب باب القُلْب، بنى الباب على أصول أربعة ١٠٨٨
أحدها: أن الكيلي أو الوزنيّ إذا رهن بجنسه فهلك عند المرتهن ١٠٨٨
إذا كان في اعتبار القدر إلحاق الضرر بالراهن أو المرتهن ١٠٨٩
والأصل الثاني: أن الموزون إذا رهن فانكسر ١٠٩٠
ما زاد على قدر الدَين من الجودة يعتبر أمانة ١٠٩١
والأصل الثالث: أنّ الرهن إذا انكسر، إن كانت قيمته مثل وزنه يصير مستوفيا دَينه، ويصير الرهن ملكا للمرتهن بدَينه ١٠٩٣
عقد الرهن عقد استيفاء، والاستيفاء إنما يكون بالقدر والوزن دون الجودة والصفة ١٠٩٤
والأصل الرابع: أنّ المقبوض إذا صار مضمونا بالقيمة ١٠٩٤
الرهن لايخلو من وجوه ثلاثة أحدها: أن لايكون كيليّا ولا وزنيا، ١٠٩٤

إما أن رهن بجنسه، أو بخلاف جنسه	١٠٩٥
وإن كان الرهن من المكيلات أو الموزونات	١٠٩٥
وإن انتقص إن كان النقصان نقصان قدر	١٠٩٥
وإن كان النقصان نقصان وصف بأن فسد	١٠٩٥
وعند محمد: يخيّر الراهن إن شاء افتكّه ناقصا بالدَين، وإن شاء تركه على المرتهن بدَينه	١٠٩٥
وإن رهن الكيليّ أو الوزنيّ بجنسه، وهي مسألة الباب، فهو على وجوه ثلاثة	١٠٩٦
الأول : أن يفوت بالانكسار بعض الجودة التي هي أمانة	١٠٩٦
والثاني: أن يفوت جميع الجودة التي هي أمانة	١٠٩٦
والثالث: أن يفوت مع ذلك شيء من الجودة المضمونة	١٠٩٦
والرابع : أن لايفوت بالانكسار شيء	١٠٩٦
بالقسم الأول، وهو ما إذا كان وزن الرهن مثل الدَين	١٠٩٦
عقد الرهن عقد استيفاء	١١٠٠
وأما القسم الثاني: وهو ما إذا كان وزنه أقل من الدَين ثمانية	١١٠٢
ففي الوجه الأول من هذا القسم: وهوما إذا كانت قيمته مثل وزنه	١١٠٢
وفي الوجه الثاني من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه سبعة	١١٠٢
وفي الوجه الثالث من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه	١١٠٣
وفي الوجه الخامس من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه	١١٠٣
وأما القسم الثالث: وهو ما إذا كان وزن القلب أكثر من الدَين خمسة عشر	١١٠٤
ففي الوجه الأول من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته مثل وزنه خمسة عشر	١١٠٤
وفي الوجه الثاني من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه مثلا عشرين	١١٠٥
وفي الوجه الثالث من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته أقل من الوزن،	١١٠٦
وفي الوجه الرابع من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته مثل الدَين عشرة	١١٠٦
وفي الوجه الخامس من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته أقل من الدَين بأن كانت تسعة	١١٠٦
وإذا غرم نصف كرّ جيد يساوي مائة، يقسّم الدَين على نصف كرّ فاسد يساوي خمسين	١١٠٨
يغرم المرتهن نصف كرّ جيد دفعا للضرر	١١٠٩

باب من الرهن ينتقص في السعر أو في البدن 1111

بنى الباب على أصل: وهو أن ضمان الرهن ضمان قبض حتى يثبت بالقبض 1111

رجل رهن عند رجل عبدا يساوي ألفا بألف، فانتقص شيء من عينه، ذهب من الدين بقدره 1111

فرّق بين هذا وبين الغصب 1111

الاستيفاء من خلاف الجنس لايكون إلا بطريق الضمان 1111

هذا إذا انتقص شيء من عينه، فإن انتقص سعره لا عينه 1112

الأجزاء والأوصاف تفرد بالقبض 1113

لا وجه لتمليك الرهن بالدين، لأن ذاك حكم باطل 1113

إن قتله حرّ خطأ بعد ما تراجع سعره إلى مائة 1114

الاستيفاء من خلاف الجنس لا يكون إلا بطريق المعاوَضة 1114

واستشهد محمد لتصحيح مذهبه بمسائل منها: رجل رهَن عبدا يساوي ألفا بألف 1115

لو أن رجلا اشترى عبدا من رجل، وتقابضا، فوجد به العبد عيبا 1115

واستشهد أيضا: بما لو قَتله المرتهن خطأ، ووجبَت القيمة على العاقلة، فقال الراهن:

أنا لا آخُذ من العاقلة شيئا 1116

وكذا لو قتله المرتهنُ عمداً بعد ما تراجع سعره إلى مائة، فإنه لايجب عليه القصاص 1116

باب الرهن الذي يكون فيه استهلاك الزيادة 1117

بنى الباب على أصلين: أحدهما: أن ولد الرهن رهن تبعا، ويصير مقصودا إذا بقي إلى

وقت الفكاك حقيقة أو حكما ببقاء بدله 1117

والثاني: أن إتلاف المرتهن الزيادة بإذن الراهن كإتلاف الراهن 1117

ولو أتلفه الراهن بنفسه يضمن 1117

رجل رهن شاة تساوي عشرة بعشرة دراهم، وأذن الراهن للمرتهن في أن يحلب لبنَها 1118

فإن حضر الراهن افتكّ الشاة بجميع الدين 1118

وإن هلكت الشاة قبل أن يحضر الراهن 1118

باب من الرهن الذي يكلّف صاحبه لإحضاره حتى يعطي ماله والذي لايكلّف ١١٢١
بنى الباب على أصلين: أحدهما: أن القاضي نُصِب ناظرا للمسلمين ١١٢١
الثاني: أن الرهن يشبه المبيع؛ لأنه محبوس بالدين عِوض عنه من وجه ١١٢١
رجل رهن جارية تساوي ألفا بألف درهم، فجاء المرتهن يطلب دينَه ١١٢١
ولو قضى الراهن الدينَ أولا، ثم مات المرتهن، وعليه ديون، لايتعلّق حق غرمائه بالرهن ١١٢٢
لو رهن جارية تساوي ألفا بألف، وجعل المرتهن مسلّطا على بيعها إذا مضى أجل كذا ١١٢٢
فإن نهاه عن البيع بالنسيئة بعد عقد الرهن والتسليم إليه، لايصح نهيه ١١٢٣
وإذا صح البيع نسيئة ثم جاء المرتهن يطلب دينه، فقال الراهن: لاأعطيك الدين حتى تحضر ثمن الرهن ١١٢٣
وكذا لو باعه بثمن حالّ غير مؤجل، فقال الراهن: لاأعطيك الدين حتى تنقد الثمن ١١٢٤
ولو تفاسخا الرهن حقيقة، ثم رهن الثمن الذي في ذمة المشتري ابتداء بدينه ١١٢٤
ولو رهن جارية بألف، ووضعها على يد عدل، فغاب العدل، وأودعها عند زوجته ١١٢٥
فإن هلك الرهن في يد المودع رجع الراهن على المرتهن بما أعطاه، لأن هلاكه في يدي العدل
كالهلاك في يد المرتهن ١١٢٥
فإن ادّعى الراهن هلاك الرهن يستحلف المرتهن ١١٢٥
وإن كان الذي أودَعه العدل جحَد، وقال: هو مالي ١١٢٦
ولو كان المرتهن هو الذي قبض الرهن، وهو عبد قيمته ألف درهم مثل الدين ١١٢٦
فإن أحضر المرتهن بعض القيمة لايجبر الراهن على قضاء شيء من الدين ١١٢٦
رجل رهن عند إنسان شيئا، ثم لقيه المرتهن في غير ذلك المصر ١١٢٧
وإن كان الرهن شيئا ليس له حمل ومونة، ولقيه في غير المصر ١١٢٨
رجل له على آخر ألف درهم منجّمة يؤدي إليه كل شهر كذا ١١٢٨
رجل اشترى شيئا، ولم يقبضه، ولم ينقد الثمن حتى لقيه في غير مصرهما ١١٢٩
فرق بين هذا وبين الرهن ١١٣٠
الرهن ليس بمعاوضة من كل وجه ١١٣٠

باب من الرهن الذي يكون له أن يقبض البعض دون البعض ١١٣٢

بنى الباب على أن أحد العاقدين لاينفرد بتفريق الصفقة المجتمعة؛ لما في تفريقها من الإضرار بالآخر بالإخلال بمقصوده. ١١٣٢

رجل رهن عند رجل عبدين بألف درهم قيمة كل واحد منهما ألف، وسلّمها إلى المرتهن ١١٣٢

رجل رهن عند غيره عشرة من الغنم بمائة درهم، ١١٣٣

البيع لايتفرّق بتفريق التسمية عند اتحاد العاقدين، والرهن يتفرق ١١٣٤

في الرهن ضمّ الردي إلى الجيد للترويج غير متعارف ١١٣٥

الرهن لايبطل بالشروط الفاسدة ١١٣٥

الرهن يتفرّق بتفريق التسمية، والبيع لايتفرق ١١٣٥

منها: لو رهن عبدين وسمّى لأحدهما بعينه ألف درهم ١١٣٥

ومنها: لو رهن عبداً، وقال: نصفه بخمس مائة ١١٣٦

ومنها: لورهن جارية بألف، وسلمها إلى المرتهن ١١٣٦

ومنها: لو رهن جاريتين بألف درهم ومائة دينار ١١٣٦

ومنها: لورهن عبدين بألف درهم، وقيمة كل واحد منهما ألف ١١٣٦

لو فرّق التسمية عند العقد، فقال: رهنت هذين العبدين بألف ١١٣٧

كتاب الهبة ١١٤٢

باب من الهبة التي تجوز بالقبض والتخلية بينها وبين الموهوب له ومالاتجوز ١١٤٢

بنى الباب على أن الهبة لاتتمّ بدون القبض ١١٤٢

رجل وهب لرجل داراً، وفيها متاع للواهب، وسلّم الكل إلى الموهوب له ١١٤٣

لو استاجر داراً، ونقل متاعه إليها يصير قابضاً ١١٤٣

لو تنازع رجلان في دار، وهي مشغولة بمتاع أحدهما ١١٤٣

فرق بين هذا وبين مالوباع داراً ١١٤٤

لو وهب المتاعَ دون الدار، والطعامَ دون الجوالق، وسلّم الدارَ والجوالق بما فيه ١١٤٤
إن بقيت يده على الدار فالدار حرز وتبع لما فيها ١١٤٥
لو أنه أودع المتاع منه أولاً في المسألة الأولى، ثم وهب له الدار، وسلم بما فيها، ١١٤٥
لو وهب أرضاً فيها زرعٌ قد استحصد، أو نخيل، فوهب الأرض بدون النخيل والزرع ١١٤٥
أما إذا وهب الدار أولاً، وسلّم فقد سلمها وهي مشغولة بمتاع الواهب، ١١٤٧
لو وهب، ولم يسلّم حتى وهب ما فيها من المتاع، وسلم الكل ١١٤٧
رجل وهَبَ لرجل جاريةً، وأذن له أن يقبضها فقبض وهذه المسألة على وجوه ثلاثة: ١١٤٨
ففي الوجه الأول: جازت الهبة، ويصير ملكاً ١١٤٨
القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع لِما عرف ١١٤٨
إن نهاه عن القبض، فقبضها بعد النهي ١١٤٩
وفي الوجه الثالث: إن كانت الجارية بحَضرتهما ١١٤٩
القبض في الهبة والبيع الفاسد بمنزلة التملك ١١٥٠
لو وهبه المستحق لولده الصغير لا يصح ١١٥١
وكذا لو أعار داره من رجل، ثم إن صاحب الدار غصب متاعا، وأودعه عند المستعير في الدار ١١٥١
الهبة لا تفيد ملك اليد قبل القبض، ولا تفيد ملك الرقبة في الحال ١١٥٣
ذكر في «الأصل» ما يدل على أنه لا يصير قابضا بالتخلية ١١٥٤
لو وهب عبدا لرجل، والعبد بحضرتهما، وأذن له بالقبض، ثم نهاه عن القبض ١١٥٤
على قول أبي يوسف لا يصير قابضا بالتخلية، وما ذكر هنا قول محمد.
قال شمس الأئمة الحلواني: التخلية قبض في الهبة الصحيحة ١١٥٤
في البيع الفاسد عن أصحابنا روايتان: في رواية لا يصير قابضا بالتخلية، وفي رواية يصير قابضا
والصدقة والرهن في هذا بمنزلة الهبة، لأن كل واحد منهما لا يجوز في المشاع، ولا يتم بدون القبض ١١٥٥
لو وهب تمرا في نخل، أو زرعا لم يحصد في أرض، أو بناءَ دار لم ينقض ١١٥٥
عقد الهبة إذن بما يقع به الملك، وهو القبض ١١٥٦
إضافة الهبة إلى الشائع وقعت فاسدة، يستحق نقضها ١١٥٧

باب من الهبة التي يرجع فيها في الأضحيةوالهدي الواجب وغيره ١١٥٨
في الباب فصلين: أحدهما في إيجاب القرابين، والثاني في الأسباب المعترضة عليها. ١١٥٨
القرابين سبعة والأسباب المعترضة سبعة ١١٥٨
تعلق حق الله تعالى بالمال لا يمنع النقل والتحويل ١١٥٨
أصل آخر: أن ما كان الواجب فيه الإراقة دون الصدقة، ١١٦٠
أصل آخر: أن انتقاص الموهوب لا يُبطل حق الواهب في الرجوع ١١٦١
الباب الأول من المعترضات، وهو الرجوع في الهبة ١١٦١
رجل وهب لرجل شاة أو بقرة أو بَدَنة، فقبضها الموهوب له، وأوجبها للأضحية ١١٦١
لو وهب ألفا لرجل، فحال عليها الحول عند الموهوب له، ثم رجع الواهب فيها ١١٦٢
إذا رجع الواهب في الهبة لا يبطل ما صنع الموهوب له من القرب ١١٦٣
في حق الصيد، ودم الإحصار، والحلق يضمن قيمتهمنحورا، الواجب عليه بهذه الأسباب شيئان: ١١٦٣
إذا سرق أو احترق، وهو الثاني من المعترضات، لا يضمن شيئا ١١٦٤
الرجوع في الهبة بقضاء أو بغير قضاء سواء، ١١٦٤
إن كان الموهوب له نذر أن يهدي بها، فهو على وجهين ١١٦٤
قال الموهوب له: "لله عليّ أن أنحر هذه البدنة" فرجع الواهب في الهبة قبل الذبح أو بعده لا يلزمه شيء١١٦٤
الناذر في النذر المعين لم يلتزم القربة إلا بمحل مشغول بحق الغير، فإذاأدّى ذلك الحق إلى الاستحقاق صار بمنزلة الهالك، فلا يلزمه غيره ١١٦٥
قال: لله عليّ أن أنحر بدنة، ثم وهب له بدنة فقبضها ١١٦٥
بلغت الحرم، أو قبل ذلك رجع ١١٦٥
ماكان واجبا في الذمة لا يسقط إلا بالأداء ١١٦٥
الناذر لم يذكر الزمان في نذره، فإنما صح نذره ١١٦٥
لو صرح بذلك يلزمه شيئان: الإراقة، والصدقة باللحم ١١٦٥
إذا عيّن محلا هو مشغول بحق الغير، وأدى ذلك الحق إلى الاستحقاق، صارمفوّتا محل الصدقة، فيلزمه التصدق بقيمتها. ١١٦٥
الوجه الثاني: رجل وهب لرجل بدنة، فأوجبها الموهوب له تطوعا ١١٦٦

إن عطبت بغير الحرم قال: ينبغي أن ينحرها، ويتصدق بها، ولا يأكل منهاولا يؤكل غنيا ١١٦٦
الإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان مخصوص أو مكان مخصوص ١١٦٨
لو نذر أن يهدي بغير الحيوان كالثياب ونحوها، يلزمه تصدق ١١٦٨
الثالث من المعترضات: رجل اشرى شاة أو بدنة بفضّة بعينها لشيء مما قلنا المعاوضة تقتضي
السلامة عن العيوب ١١٦٩
الدراهم لا تتعين في المعاوضات ١١٧٠
إن اخذ اللحم يغرم المشتري للفقراء قيمته مذبوحا، يتصدق بها، ١١٧٠
لو باع اللحم بثمن، ينظر إلى الثمن وإلى قيمة اللحم أيّهما كان أكثر يتصدق به ١١٧٠
الرابع: هو الرد بعيب في الهدي ١١٧١
لو أن بائع البدنة لم يجد عيبا بالفضة، لكن المشتري وجد بالبدنة عيبا بعد الذبح،
فإنه يرجع بالنقصان، ولا يردّ ١١٧١
تعيُّب المبيع في يد المشتري يمنع الرد بالعيب، ١١٧١
الهدي إذا لم يكن مِثْلا للصيد إلا بصفة السلامة عن العيب كان عليه أن يتصدّق بما استرد من النقصان،
١١٧١
لو كان الهدي مِثلا للصيد مع العيب يسلم له نقصان العيب ١١٧١
إنّ القربة تأدّت بما وراء العيب إلا في جزاء الصيد ١١٧٢
لو باع المذبوح حقيقةً، يلزمه التصدق بجميع الثمن. ١١٧٢
الخامس من المعترضات: الرّد بفساد البيع ١١٧٢
رجل اشترى شاة أو بقرة]أو بدنة شراء فاسدا، ونحرّها عن شيء مما ذكرنا، ثم حضر البائع، ١١٧٢
إنما انتقص الملك بالاسترداد فيما بقي لا فيما فات بالإراقة ويلزمه التصدق بقيمتها منحورة. ١١٧٣
السادس وهو انتقاض هبة المريض ١١٧٣
مريض وهب شاة أو بدنة، فنحرها الموهوب له عن شيء مما ذكرنا، ثم ماتالواهب،
ولم يدَع مالا غيرها، وعليه دين يحبط بماله، فإنه تنقض الهبة ١١٧٣
هبة المريض ١١٧٣
وصية، ولا وصية مع الدين، ١١٧٣
إذا ضمنه القيمة، فلأن الإراقة حصلت على ملكه، وقد استقرّ ذلك الملك، فلايلزمه شيء آخر ١١٧٣

تصرفات المريض فيما يحتمل النقض تنفذ للحال، والهبة من قبيل ذلك ١١٧٣
السابع فصل الاستحقاق: ١١٧٤
رجل اشترى شاة أو بدنة، ونحر الشيء مما قلنا، ثم استحقها رجل بالبينة، ١١٧٤
المضمونات تملك عند أداء الضمان مستنداً، والمستند ثابت من وجه دون وجه ١١٧٤
أن الملك من وجه يكفي للهدايا كما يكفي للبيع، ولا يكفي لنفاذ العتق ١١٧٤
رجل اشترى شاةً، فأوجبها أضحية، وجب عليه، موسرا كان أو معسرا، ١١٧٥
مجرد النية لا يوجب شيئا ١١٧٧
شراء الفقير بنية التضحية بمنزلة النذر من حيث العرف ١١٧٧
إذا وجب عليه التضحية بالشراء على نية التضحية، أو بالإيجاب صريحا بعد الشراء، فإن تصدّق
بعينها قبل الذبح في أيام النحر، كان عليه مثلها ١١٧٨
لو فاته رمي الجمار في أيامه، يلزمه دم يتصدّق ١١٧٨
لو ذبح هديا قبل أيام الرمي، وتصدّق بها، ثم مضت أيام النحر، كان عليه دم آخر، ولا يجزيه ما سبق
١١٧٩
لو لم يتصدق بتلك الشاة التي أوجبها، ولم يذبحها حتى مضت أيام النحر، ١١٧٩
الجمعة إذا فاتت وتحولت إلى الظهر، لا يجوز قضاءها جمعة في وقت آخر ١١٨٠
الإراقة لما فاتت في السنة الأولى، وتحوّلتإلى الصدقة ١١٨٠

كتاب الوكالة ١١٨١

باب الوكالة التي تبطل في الواحد وتجوز في الجماعة والبضاعة والنفقة ١١٨١
الوكالة تحتمل الجهالة اليسيرة، ولا تحتمل الفاحشة ١١٨١
تحصيل المجهول لا يمكن، فكل جهالة تمنع الامتثال تمنع الصحة، وما لا فلا. ١١٨١
والجهالة أنواع ثلاثة : ١١٨١
جهالة فاحشة: وهي جهالة الجنس، وإنها تمنع الصحة، ١١٨١
المقصود من الشراء التوسّل إلى العين لمنافع تعلّقت بالعين، وبإعلام الثمن لا تزول هذه الجهالة ١١٨٢
ا تصح الوكالة إلا إذا فوّض إليه على وجه التعميم ١١٨٢

وجهالة يسيرة: وهي جهالة النوع والصفة، وإنها لا تمنع التوكيل سمّى الثمن أو لم يسم ١١٨٢

مبنى الوكالة على التوسعة، والتفاوت في النوع الواحد يسيرٌ لايخلّ بالمقصود، ١١٨٣

ولا كذلك السلم؛ لأن مبناه على المماكَسَة والمضايقة، ١١٨٤

جهالة ملحقة بالجنس والنوع: وهي جهالة العبيد والإماء والدور ١١٨٤

لو وكّل إنسانا بشراء عبد أو جارية أو دار، إن سمّى الثمن يصح، وإلا فلا ١١٨٤

في الباب فصول ثلاثة: الوكالة، والبضاعة، والمضاربة. ١١٨٥

الأول -رجل أمر رجلا أن يشتري له ثوبا أو دابة وسمّى الثمن أو لم يسمّ، فالوكالة باطلة ١١٨٥

لو اشترى ثوبا على أنه هروي، فإذا هو مروي لا ينعقد العقد، ١١٨٥

جهالة الجنس توجب الاختلاف في المقصود، ١١٨٥

المقصود من البيع التوسّل إلى الثمن، والثمن جنس واحد، فجهالته لا توجب اختلافا في المقصود، ١١٨٦

المقصود من الشراء التوسل إلى العين لمنفعة تعلقت بالعين، والمنافع مختلفة اختلافا فاحشا

فكانت الجهالة مانعة من الامتثال. ١١٨٦

لو قال: "اشتر لي ثوبا هرويا أو مرويا"، صحت الوكالة، ١١٨٦

إن اشترى بغبن فاحش يكون مشتريا لنفسه ١١٨٦

قال أبوحنيفة: إنّ الوكيل بالبيع يملك البيعَ بما عَزّ وهان، ١١٨٧

لو قال: "اشتر لي حمارا أو بغلا"، وسمّى الثمن، أو لم يسمّ ١١٨٧

لوتزوج امرأة على ثوب، لا تصح التسمية، وكان لها مهر المثل، ١١٨٧

لو تزوج امرأة على عبد تصح التسمّية، ويكون لها الوسط ١١٨٧

لو قال: "اشتر لي الثياب أو الدواب"، يصح وإن لم يبيّن الثمن، لأنه للجنس والتعميم، ١١٨٨

لو قال: "اشتر لي أثوابا" لم يصح ١١٨٩

ما يكون على وزن "فَعْلٌ" وثانيه واو، فله جمعان: الجمع القليل يكون على "أفعال"،

الكثير يكون على وزن "فعَال" ١١٨٩

كل اسم على وزن "فعْل" وثانيه ياء، فله جمعان: ١١٨٩

اللام إذا دخل على المفرد يجعله للجنس ١١٩٠

لو قال: "اشتر لي أيّ ثوب شئت" يصح، ١١٩٠

فصل البضاعة: ١١٩١

رجل دفع إلى غيره ألف درهم، وقال: خذها بضاعة، واشتر لي بها ثوبا، أو قالأثوابا، أو قال:

ثلاثة أثواب، أو قال: شيئا، كان جائزا، ١١٩١

البضاعة تدل على التعميم ١١٩١

لو ذكر مكان البضاعة مضاربة، وهو الفصل الثالث، فكذلك ١١٩١

مبنى المضاربة على التعميم ١١٩١

لو اختلف رب المال مع المضارب، فقال رب المال: دفعت إليك ١١٩١

مضاربة في كذا، وقال المضارب: ما سمّيت لي تجارة، كان القول قول المضارب، ١١٩١

المضاربة بمنزلة البضاعة، وإنما يفترقان من وجهين: أحدهما: ١١٩٢

المستبضع لا يبتغي بعمله مالاً لنفسه، فلا يستحق شيئا على الآمر، ١١٩٢

لو قال لغيره: ملكتك هذه العين، ولم يسمّ ثمنا، كانت هبة ١١٩٢

لو قال: بعتك هذه العين، ولم يسمّ ثمنا كان بيعا فاسدا، ١١٩٢

الثاني: أن المضارب يملك بيع ما اشترى، والمستبضع لا يملك ١١٩٢

لو قال: "خذ هذه الألف، أو هذه الدراهم بضاعة، فاشتر لي بها وبع لعلّ الله يرزقني من ذلك رزقا"،

كان له أن يشتري بها، ويبيع لمكان التنصيص. ١١٩٢

ولو دفع إليه ألف درهم ولم يسمّ بضاعة ولا مضاربة، لكن قال "خذ هذه الألف فاشتر لي، ١١٩٢

"الأشياء" جمع معرّف، وهو أعمّ من الدواب والثياب. ١١٩٣

لو قال: خذ هذه الألف، واشتر لي بها شيئا، لا يجوز؛ ١١٩٣

لو لم يدفع إليه مالا، ولكن قال: اشتر لي بألف درهم شيئا، لا يصح ١١٩٣

لو قال: اشتر لي الأشياء بألف درهم، جاز؛ ١١٩٣

لو قال: "اجعل لي من مالك بضاعة ألف درهم، فاشتر لي بها ثوبا"، جاز ١١٩٣

لو قال لغيره خذ هذه الألف بضاعةً، كان أمرا بالشراء بها ما شاء ولو قال خذ هذا الثوب بضاعة، جاز ١١٩٣

رجل قال لغيره: إني أريد الخروج إلى الرّي؛ لأشتري بها الرقيق والطيالسة، فقال السامع: .. ١١٩٣

لو قال: إني أريد الخروج إلى الرّي، فقال له السامع: إني أريد أن أبعث معك إلى فلان ألف درهم،

فخذ هذه الألف بضاعة، كان رسولا ١١٩٤

لو قال له ابتداء: خذ هذه الألف بضاعة إلى فلان، كان رسولا ١١٩٤

لو قال من غير سابقة: "خذ هذه الألف بضاعة" ، كان مفوّضا إلى رأيه، ١١٩٤
المطلق يتقيد بالدليل ١١٩٤
لو قال: خذ هذه الألف بضاعة في حوائجي كان باطلا ١١٩٥
لو قال: خذ هذ الألف بضاعة في الثياب، أو قال: ٠٠٠٠ كان متطوعا لا يرجع بذلك على الآمر ١١٩٥
فرّق بين هذا وبين الوكيل بالشراء، ١١٩٥
الفرق من وجهين: أحدهما: ١١٩٥
لو اشترى المستبضع ببعض المال ما أمره، واستبقى البعض لأجل النفقة والحمل ١١٩٦
لو أن المستبضع لم يشتر بالمال شيئا فمات رب المال، ثم اشترى به ما أمره، كان ضامنا للمال، ١١٩٦
لو اشترى ببعض المال رقيقا قبل موته، وأنفق الباقي عليهم أو في كرائهم بعد الموت، لا يضمن، ١١٩٦
لو أنّ رب المال نهاه عن الإنفاق بعد ما اشترى ببعض المال، لا يصح نهيه في المضاربة، فلا يعمل موته. ١١٩٧
لو علم بموت صاحبها، أو بلغه النهي عن الإنفاق وخاف الهلاك على الرقيق فرفع الأمر إلى القاضي ١١٩٧
ولو دفع ألفا إلى رجل، وقال: "اشتر لي بها وبع" ، أو قال: "اشتر بها وبع" ، ولم يقل: لي، كان توكيلا جائزا، وله أن يشتري ما بدا له، ويبيع ١١٩٧
في الوكالة لا فرق بين أن يضيف الفعلَ إلى نفسه ، وبين أن يضيف إلى مال نفسه ، ١١٩٨
لو قال: "اشتر جارية فلان بأجر كذا" ، كان توكيلا بأجر، ١١٩٨
لو قال: "اشتر جارية بألف درهم" ، أو "هذه الجارية بألف" ، أو "جارية فلان بألف درهم" ، ١١٩٨
ولو قال: "أبضعتك لتشتري جارية]" ، أو قال: "هذه الجارية بألف درهم" أو "جارية فلان" ١١٩٩
ولو دفع ألفا إلى رجل، وقال: اشتريها، القياس أن لا يصح، ١١٩٩
الإطلاق تفويض وتعميم ١١٩٩
لو قال: اشتر لي بها شيئا لا يصح، وما اشترى يكون للمأمور، ١١٩٩
التخصيص يمنع التعميم، أما المطلق فليس فيه ما يوجب التخصيص، فيكون للتعميم. ١١٩٩
لو قال]: "اشتر لي بهذه الألف شيئا بيني وبينك" ، كان باطلا، ولو قال: "اشتر لي بهذه الألف بيني بينك" كان جائزا، وكذا لو قال: "خذ هذه الألف فاشتر بها بالنصف أو بالثلث" ، جاز، ١٢٠٠
لو أتى سمسارا بمال وقال اشتر لي بها، فإن كان سمسارا في شيء خاص كالثياب والطعام يتقيد بذلك ١٢٠٠
لو دفع خمسين درهما إلى رجل، وقال: اشتر لي بها أدنى شيء، فالقياس أن لايصح ١٢٠٠

باب من الوكالة التى يعطيها صاحبها على التصديق أو على التكذيب أو بغير تصديق ولا تكذيب وما يضمن من ذلك وما لا يضمن ١٢٠١
بنى الباب على أصول عرفت غير مرة: ١٢٠١
إقرار الإنسان على نفسه حجّة، وعلى غيره ليس بحجة ١٢٠١
شهادة الفرد لا تقبل في الأموال ١٢٠١
قول المتناقض، وسعي الإنسان في نقض ما تمّ به مردود إلا إذا وافقه الخصم. ١٢٠١
مَن دفع مالا إلى غيره على ظن أن يكون حقا، لا يكون له ولاية الاسترداد ما لم يخرج من أن يصير حقا ١٢٠١
قال محمد رجل له دين على رجل، فغاب الطالب، وجاء رجل إلى المديون، وقال: إنّ صاحب المال وكّلني بقبض دينه منك، وصدّقه المديون في ذلك، وامتنع عن القضاء، يجبر على القضاء. ١٢٠٢
فرّق بين هذا وبين ما لو كان المال وديعة، ١٢٠٢
جاء رجل، وادّعى أنه وكيل صاحب الوديعة بقبضها، أو مات صاحب الوديعة، وادّعى أنه وصية، وصدّقه المودع، فإنه لا يؤمر بتسليم الوديعة إليه ١٢٠٢
وجه الفرق على ظاهر الرواية أن المديون يقضى الدين من مال نفسه، ١٢٠٢
إن ادّعى الوكيل هلاك المقبوض أو الدفع إلى الموكل، في هذا الوجه كان القول قوله؛، فإن أنكر صاحب المال الوكالة، كان القول قوله؛ ١٢٠٣
إن كان المقبوض قائما في يد الوكيل، فلصاحب المال الخيار، إن شاء أجاز قبضه، وأخذ المقبوض، وإن شاء لم يُجز، ورجع على الغريم، ١٢٠٤
الإجازة إنما تعمل حال قيام المقبوض لا بعد هلاكه، ١٢٠٥
هلاك الأمانة في يد الأمين لا يوجب الضمان ١٢٠٥
الاستحلاف لا يكون إلا بعد الدعوى، ١٢٠٥
وبدون الدعويلا يستحلف في حقوق العباد. ١٢٠٥
لو حلّفه من غير أن يصدّقه في الوكالة يحلف ثانيا ١٢٠٥
إن ادّعى الغريم الوكالة يستحلف صاحب المال ١٢٠٦

القول في هلاك المقبوض أو الدفع إلى الموكل قول الوكيل؛ لأنه أمين ١٢٠٧
لو ادّعى البائع على الآمر أنّ الآمر رضي به، وأراد يمين الآمر لا يستحلف الآمر، وإن ادّعى عليه معنى لو أقر به يلزمه. ١٢٠٨
إذا وكّل الرجل رجلا بقبض الدين والخصومة فيه، فادّعى الغريم أنّ الموكل أبرأه، وأراد يمين الوكيل: بالله ما يعلم أن الموكل أبرأه، فإنه لا يستحلف، وإن أقر بذلك عند القاضي برئ الغريم. ١٢٠٨
فائدة اليمين النكول، والنكول إقرار فيه شبهة ١٢٠٨
إذا صدّقه الغريم في الوكالة، ودفع المال إليه وضمنه، ثم جاء الطالب، وجحد الوكالة، وأخذ المال من الغريم، كان للغريم أن يرجع على القابض بالضمان ١٢٠٩
اختلف المشايخ في تفسير هذا الضمان، قال بعضهم: أراد به "ضمان الدرك" للمطلوب ١٢٠٩
لو باع عبدا بجارية، وتقابضا، واستحقت الجارية، فإنه يرجع بالعبد، ١٢١٠
منهم من قال]: أراد بذلك أن يضمن الوكيل الدرك للغريم فيما يقبض منه، وهذا باطل ١٢١٠
شرط الضمان في الأمانة باطل، كما في الودائع، والعواري، ورأس مال الشركة، والمضاربة ١٢١٠
لو أراد الوكيل يمين الموكل لم يكن له ذلك ١٢١٠
قضاء الدين تمليك، ١٢١١
الوارث إنما يخلف المورثفيما يملكه الميت، والميت لا يملك تضمين الوكيل، ١٢١٢
لو أقر الوكيل أنه لم يكن وكيلا صح إقراره، وكان ضامنا، لأنهأقر على نفسه]، ١٢١٢
من باع شيئا، ثم ادّعى أنه كان لغيره باعه بغير إذنه لا تسمع دعواه، وإن صدّقه المشتري في ذلك يصح إقراره، ويلزمه الردّ ١٢١٢
لو قال الغريم: أنا أقيم البينة على أن القابض لم يكن وكيلا، لا تقبل بينته ١٢١٢
لو أقام البينة على إقرار الوكيل أنه لم يكن وكيلا، قبلت بينته. ١٢١٢
إذا لم تثبت الولاية للميت لا تثبت للوارث بطريق الخلافة. ١٢١٣
لو كان الموكل حيا، ووهب المال للغريم أو أبرأه، ١٢١٤
لو مات الموكل، فورثه الغريم ورجل آخر، فجحد ذلك الوارث التوكيل، ١٢١٤
لو كان الموكل حيا، وجحد، وأخذ المال، فحكم الغريم في نصيبه من الدين ١٢١٤
قال]ولو لم يمت الموكل، ولم يهب المال حتى حضر، وجحد الوكالة، ولم يقدم الغريم إلى القاضي حتى مات، فورثه الغريم، أو وهب المال للغريم، أو أبرأه، فأقام الغريم بينة على جحوده الوكالة، ١٢١٥

ولو جحد الموكل عند القاضي، فلم يقض القاضي بشيء، أو قضى بالمال للموكل على الغريم، كان للغريم أن يأخذ المال من الوكيل، ١٢١٥

لو كان الغريم صدّق الوكيل في الوكالة، ودفع المال إليه، وضمنه، ثم حضر الموكل، وجحد الوكالة، وحلف، وقضى له بالمال على الغريم، فلم يأخذ المال حتى مات، ١٢١٥

لو كان الموكل حين جحد أخذ المال من الغريم، ورجع الغريم على الوكيل بحكم الضمان، وأخذ منه، ثم مات الموكل، فورثه الغريم، كان للوكيل أن يرجع في تركة الميت بمثل ما غرم للغريم، ١٢١٦

الوارث إذا أقر بدين في تركة الميت يؤاخذ به، ١٢١٦

إن وهب الموكل للغريم ألفا أخرى، لا سبيل للوكيل عليه، ١٢١٧

الغاصب إذا وهب شيئا للمغصوب منه، لا يبرأ عن ضمان الغصب ١٢١٧

لو كان الغريم دفع المال إلى الوكيل على السكوت من غير تصديق ولا تكذيب، ثم حضر الموكل]، وجحد الوكالة، ١٢١٧

لا عبرة للجحود في غير مجلس القاضي سواء أشهد على الجحود أو لم يشهد ١٢١٧

لو قضى القاضي بقطع حق الموكل عن المقبوض في يد الوكيل، ١٢١٨

قال ولو أنّ الموكل حين قدّم الغريم إلى القاضي، وجحد الوكالة ١٢١٨

باب الوكالة بالشيء يكون على غير ما أمر به ما يجوز مالا يجوز ١٢٢٠

في الباب فصولا ثلاثة: فصل في الوكالة، وفصل في مباشرة الشراء، وفصل في المضاربة، ١٢٢٠

الإشارة والتسمّية إذا اجتمعتا في التوكيل، ١٢٢٠

دفع الغرور عن الوكيل واجب، كيلا يمتنع الناس عن قبول الوكالة، ١٢٢١

النقود لا تتعين في التوكيل قبل التسليم إلى الوكيل، وتتعين في الشركات والمضاربات على كل حال ١٢٢١

والنقود تتعين في الهبة ١٢٢١

عقد الوكيل يوجب دينين: دينا للبائع على الوكيل، ودينا للوكيل على الموكل ١٢٢٢

استيفاء الأكثر من الأقل ممتنع، والاستيفاء من خلاف الجنس لا يكون إلا بطريق المبادلة، ١٢٢٢

قال محمد: رجل قال لغيره: اشتر لي جارية بما في هذا الكيس، وهو ألف درهم، ١٢٢٢

لو قال: اشترلي بهذه الألف جارية، وأشار إلى الدراهم، ، أو ضاعت، ١٢٢٤

لو دفعها إلى الوكيل، فلم يشتر بها حتى سرقت أوضاعت، لاضمان عليه؛ ١٢٢٤

لو دفع الألف إليه، وهلك بعضها، ثم اشترى الوكيل بالألف جارية ١٢٢٦

لو لم يهلك من الألف شيء حتى اشترى ببعضها جارية تساوي ألفا لزم الآمر، ١٢٢٦
لو دفع إلى رجل ألف درهم، وأمره أن يشتري له جارية بها فضاعت ١٢٢٦
لو عاينا أنها كانت ستوقة كان مشتريا للآمر، ١٢٢٦
لو تصادقا أن الدراهم المدفوعة كانت زيوفا أو بنهرجةً، والمسألة بحالها كان الوكيل مشتريا لنفسه، ١٢٢٧
إن دفع الوكيل الزيوف إلى البائع الجارية، وتجوز بها البائع لا يرجع الوكيل على الآمر بشيء؛ ١٢٢٨
لو كان الموكل بيّن للوكيل حال دراهمه أنها زيوف، وسلمها إليه، ١٢٢٨
لو اشترى الوكيل بألف درهم، ولم يذكر جياد، ولاغيرها، ١٢٢٩
لو قال اشتر لي جارية بهذه الألف والدراهم ستوقة أو زيوف، ولايعرفها واحد منهما ١٢٢٩
الحاصل أن التوكيل لايتعلق بالمشار إليه إلا بعلوم أربع ١٢٢٩
الفصل الثاني: ١٢٣٠
رجل أتى بيّاعا بدراهم، وقال: بعني بهذه الألف كذا وكذا، فباعه بها ١٢٣١
رجل جاء إلى قصاب بدراهم، وقال: بعني هذا العاتق بها، فأتاه الدراهم، فباعه بها، ولم يعلم
بالدراهم، ثم وجدها زيوفا أو بنهرجة كان له أن يردّها، ويرجع بالجياد؛ ١٢٣٢
وجوه: إما إن كانت زيوفا، أو بنهرجة، أوستوقة، أو كانت ناقصة عن الألف. ١٢٣٣
إن كانت ستوقة، أو رصاصا، فاشترى المضارب بألف جياد، ١٢٣٤
إن لم يكن المقبوض ستوقة، ولكنها كانت خمس مائة درهم، فاشترى المضارب بالألف جاريةً ١٢٣٥
ما بطلت المضاربة فيه بقيت وكالة، ١٢٣٥
لو كانا يعلمان بنقصان الدراهم، ويعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه، ١٢٣٥

باب من الوكالة على العبد والعتق على ذلك والوكالة فيه والنكاح والخلع والبيع والإجارة ١٢٣٧

في الباب فصلان: فصل في مباشرة العقود، وفصل في التوكيل بها.
الباب على أصلين: ١٢٣٧
جهالة جنس البدل تمنع صحة التسمية في العقود كلها، وجهالة النوع والصفة تمنع في معاوضة
المال بالمال، ولاتمنع في غيرها ١٢٣٧

جهالة الجنس فاحشة تفضي إلى المنازعة في العقود كلها ١٢٣٧
الجنس إذا اختلف يختلف المقصود؛ وفوات المقصود يفضي إلى المنازعة. ١٢٣٧
أما جهالة النوع والصفة في الجنس الواحد لا تُفضي إلى المنازعة على كل حال؛ ١٢٣٧
معاوضة المال بما ليس بمال بُنيت على التوسعة، والمساهلة في البدل، فالتفاوت اليسير فيها
لا يُفضي إلى المنازعة، ١٢٣٨
الغبن اليسير يتحمّل من الوكيل بالشراء، ولا يتحمل منه الفاحش عند الكل، ١٢٣٨
قال محمد رحمه الله: رجل قال لعبده: كاتبتك على عبد، ولم يسم شيئا جاز. ١٢٣٨
عن عمر رضي الله عنه أنه أجاز الكتابةَ على الوصفاء ١٢٣٨
"الوسط" عند أبي حنيفة هو الذي قيمته أربعون دينارا وعندهما على قدر الغلاء والرخص في كل عصر
١٢٣٨
والخلع، والنكاح، والصلح عن دم العمد، والعتق على مال في هذا بمنزلة الكتابة. ١٢٣٩
لو كاتب عبده على عشرة أثواب يهودية جاز، وينصرف إلى الوسط، ١٢٣٩
لو قال لعبده: كاتبتك على دراهم فقبل، كانت الكتابة فاسدة ١٢٣٩
لو كاتبه على وصفا، ولم يبين العدد، أو على ثياب هروية، ١٢٣٩
لو تزوج امرأة على دراهم، أو على وصفا، أو أعتق العبد على ذلك، ١٢٣٩
البضع حالة الخروج عن ملك الزوج غير متقوم ١٢٤٠
التزام الدراهم في الخلع بمنزلة التزامها بالإقرار ١٢٤٠
البضع حالة الدخول في ملك الزوج متقوم، ١٢٤١
المريض إذا تزوج امرأة بمقدار مهر المثل يعتبر من جميع ماله؛ لأنه قابَل المتقوّم بالمتقوم. ١٢٤١
الأب إذا زوّج ابنَه الصغير امرأةً بمقدار مهر مثلها يصح، ويعتبر معاوضة. ١٢٤١
المريض إذا صالح عن قصاصٍ عليه، على الدية، يعتبر من جميع المال. ١٢٤١
المريضة إذا اختلعت من زوجها بمال يعتبر من الثلث بمنزلة الوصية. ١٢٤١
الأب إذا خالع ابنته الصغيرة من زوجها على مالها لايصح، ويصير تبرعا. ١٢٤١
الفصل الثاني فصل التوكيل ١٢٤١
إنه على وجهين: إما أن وكله بمعاوضة المال بما ليس بمال، أو بمعاوضة المال بالمال. ١٢٤١
لو وكّله بالصلح عن القصاص على عبد جاز، وينصرف إلى الوسط ١٢٤٢

لو وكّله بالنكاح أو بالخلع فسمي الوكيل عبداً بغير عينه جاز، وينصرف إلى الوسط، ١٢٤٢
العدد لايتناول مادونه، ١٢٤٢
ولو وكّله بالعقد ولم يسمّ البدل ١٢٤٣
ونصّ في الكتاب أن على قول أبي حنيفة يتحمل الغبنالفاحش من الوكيل بالخلع من قبل الزوج، ١٢٤٣
إذا خالع الموكل امرأته على دراهم يلزمها ثلاثة دراهم، وفي خلع الوكيل لاينصرف إلى ثلاثة دراهم. ١٢٤٣
الزوج يتصرف بحكم الملك، وهو يملك الأقل والأكثر، فينصرف عقده إلى الأقل؛ ١٢٤٣
لو وكّل رجلاً بأن يخلع امرأته على عبد بعينه، يريد على عبد يُعيّنه الوكيل، ١٢٤٤
فإن خلعها على عبد بعينه، فإن كانت قيمة العبد مثل المهر الذي تزوجها عليه، ١٢٤٤
الغائب يختلف باختلاف الوصف، فينصرف إلى الوسط ١٢٤٤
العين لايختلف باختلاف الوصف فلايمكن اعتبار الوساطة فيه، فيعتبر قيمة المعقود عليه.
والوجه الثاني من هذا الفصل: ١٢٤٤
إذا وكّله بمعاوضة المال بالمال بإن وكله بالصلح عن الخطأ على عبد، أو بالصلح عن دين له على رجل بعبد جازت الوكالة ١٢٤٤
الحيوان لايجب ديناً في الذمّة بدلاً عن ماهو مال. ١٢٤٥
وفي صلح الوكيل بنظر: إن كانت قيمة العبد مثل الدية أو الدين أو أقل من ذلك قدر ما يتغابن الناس فيه يجوز، وإلاّ فلا؛ لأنه وكيل بالشراء. ١٢٤٥
لو دفع عبداً إلى رجل، وقال: بع عبدي هذا بعبد، أو قال: اشتر لي به عبداً، فاشترى به عبداً بغير عينه لايجوز ١٢٤٥
وإن اشترى عبداً بعينه، إن كانت قيمة المشترى مثل قيمة عبد الموكل أو أقل منه قدر ما يتغابن الناس فيه ١٢٤٥
وإنما يتحمل الفاحش من الوكيل في قول أبي حنيفة إذا باعه بالدراهم أو بالدنانير ١٢٤٦

باب المضاربة تنفسخ بالفدى والثمن ولاتنفسخ بالنفقة والجعل ١٢٤٧

في الباب فصول أربعة: الجناية، والشراء، والنفقة، والجُعل ١٢٤٧
المضارب لايبقى مضاربا فيما ضمن لوجهين:
المضاربة أمانة، فإذا صار ضميناً لايبقي أميناً لمكان التنافي ١٢٤٧
المضارب من يستحق الأجر بعمله لا بالمال، وإذا ضمن ملك المضمونَ بالضمان لا بالعمل ١٢٤٧

مؤنة الملك تدور مع الملك. ١٢٤٨
قال محمد : رجل دفع إلى رجل ألفاً مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب بها عبدا يساوي ألفي درهم،
فقتل العبد رجلاً خطأ لم يدفع العبد بالجناية حتى يحضر المضارب وربّ المال ١٢٤٨
المضارب يتصرف بحكم النيابة والأمر، ١٢٤٨
المقصود من التجارة الاسترباح، والدفع إتواء، ١٢٤٨
العبد المأذون يتصرف بحكم الاصالة، ١٢٤٨
إن اشترى المضارب بمال المضاربة عبدا يساوي الفا، فجنى جناية ١٢٤٩
الفصل الثاني في الشراء: ١٢٤٩
لوتصرف المضارب في مال المضاربة حتى بلغ ألفي درهم واشترى بها عبداً ولم ينقد الثمن
حتى هلك المضاربة ١٢٤٩
إذا اشترى بالمال المشترك عبداً يثبت لهما ملك العبد أرباعاً، فيكون الثمن عليهما بقدر ملكهما ١٢٤٩
إذا هلك المال المدفوع إليه يرجع على رب المال بثمن ما اشترى له كما يرجع الوكيل بالشراء على الموكل
١٢٥٠
لوكان في يد المضارب مال آخر من المضاربة، كان له أن ينقد ثلاثة أرباع الثمن من ذلك المال ١٢٥٠
لو اشترى بألف المضاربة عبداً يساوي ألفاً، فجنى جنايةً، ففداه المولى، يخرج عن المضاربة ١٢٥٠
لو اشترى بألف المضاربة عبداً يساوي ألفاً فهلك مال المضاربة في يد المضارب ١٢٥١
الفصل الثالث: فصل النفقة ١٢٥١
رجل دفع مضاربةً ألفاً بالنصف، فاشترى المضارب بها جاريةً تساوي ألفي درهم، واحتاجت إلى
النفقة، فإن نفقتها تكون على ربّ المال خاصة. ١٢٥١
روى الحسن عن أبي حنيفة أنها تكون عليهما أرباعاً بقدر الملك اعتباراً بالثمن والفدى. ١٢٥١
وجه ظاهر الرواية ١٢٥١
ملك ربّ المال متقرّر، وهو أصل، وملك المضارب تَبع ١٢٥١
لو كان العبد موصى بخدمته لرجل، وبرقبته لآخر كانت النفقة على صاحب الخدمة، ١٢٥١
الفصل الرابع: فصل الجُعْل ١٢٥٢
عبد المضاربة إذا أبق، وفيه ربح، فردّه رجلٌ من مسيرة سفر، كان الجعل على ربّ المال خاصة؛ ١٢٥٢

كتاب الشهادات ١٢٥٣

باب من الوارث الذي يقضي له القاضي ولايعلم سببه ولاما يشهد به الشهود ١٢٥٣

جهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة ١٢٥٣

القاضي لايقضي بدليل فيه شبهة، ولاينقض قضاؤه بدليل فيه شبهة ١٢٥٣

الثابت لايبطل بالشك، وغير الثابت لايثبت بالشك ١٢٥٤

في الباب فصلان: أحدهما في القضاء، والثاني في افضاء القضاء ١٢٥٤

رجلان شهدا أن هذا الرجل وارث فلان الميت، لاوارث له غيره، ثم ماتا، أو غابا قبل أن يسألهما القاضي عن السبب ١٢٥٤

لو قضى له القاضي، ثم جاء آخر، وادّعى أنه ابن الميّت أو أبوه أو زوجها أو زوجته ١٢٥٤

الشهادة بالوراثة شهادة بسبب مجهول ١٢٥٥

لو شهدوا أنه مولاه، ووارثه، لانعلم له وارثا غيره، ١٢٥٥

اسم "المولى" مشترك يتناول الناصرَ، ومولى للعتاقةالأعلى والأسفل ١٢٥٥

إن شهدوا أنه مولاه أعتقه، وهو وارثه لانعلم له وارثا غيره ١٢٥٥

لو شهدوا أنه أخوه، ووارثه ١٢٥٥

لو شهدوا أنه عمه أو ابن عمه ١٢٥٦

لو شهدوا أنه أبوه أو ابنه، أو شهدوا أنها أم الميّت، أو ابنته، لايعلمون له وارثا غيرها ١٢٥٦

هل يشترط ذكرها لقبول الشهادة فيمن لايحجب بغيره، كالأب والابن ونحوهما؟ ١٢٥٦

إن شهدوا أنه جدّه أبوأبيه ووارثه لاوارث له غيره أو شهدوا أنه أخوه لأبيه وأمه ووارثه لاوارث له غيره ١٢٥٧

فإن قضى القاضي أنه جدّ الميت أبو أبيه، ووارثه، ثم جاء آخر، وأقام البينة أنه أبو الميت ١٢٥٧

لو كان مكان الجد أخ، فقضى القاضي له بالأخوة والميراث، ثم جاء آخر، وادعى أنه ابن الميت، ١٢٥٨

يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في هذه الفصول لأن النسب يحتاط في إثباته ١٢٥٨

الفصل الثاني: ١٢٥٩

رجل مات فأقام رجل البينةَ أنه وارثه وأن قاضي بلد كذا فلان ابن فلان قضى بأنه وارثه لاوارث له غيره ١٢٥٩

قضاء القاضي محمول على الصحة؛ وإنما يسأل صيانةً لقضائه ١٢٥٩

إن أخبره بسبب يكون وارثاً من أخوّة، أو عمومة، أو ولاء عتاقة، أو ولاء موالاة ١٢٦٠
صيانة القضاء واجب، فلايجوز إبطاله مالم يستيقن بفساده ١٢٦٠
إن كان الأول ذكر أنه أبوالميت، فجاء الثاني، وأقام البينة أنه أبوالميت ١٢٦١
برجلٍ أقام البينةَ أنه أب الميت، ووارثه، وقضى القاضي له بالميراث، ثم جاء آخر، وأقام البينة ١٢٦١
لوأن القاضي سمع بينته في مسألتنا، ولم يقض بها، حتى أقام الأول بينة أنه أبو الميّت ١٢٦٢
لو أن القاضي قضي بالميراث للثاني، أو لم يقض، ثم أقام الأول البينة أن القاضي الأول كان
قضى له بالميراث بسبب الأبوّة ١٢٦٢
الجواب في ولاء العَتاقة في جميع ذلك كالجواب في الأبوّة ١٢٦٢
لو أقامت امرأة البينة أنها ابنة الميّت ١٢٦٢
لو ذكر الأول أنه أب الميّت، أو ذكر أنه ابن الميّت، وجاء آخر، وادّعى أنه أخو الميّت، لاشيء للثاني، ١٢٦٣
لو أقامت امرأة البينة أن قاضي بلد كذا، فلان ابن فلان ١٢٦٣
إن أقام رجل البينة بعد ذلك أنه ابن الميّت، أو أبوه، أو أقامت المرأة البينة أنها زوجة الميّت، ١٢٦٣
الحاصل أن القاضي الثاني إذا نفذ القضاء الأول، ولم يسئل عن السبب، ثم جاء آخر، وأقام البينة ١٢٦٤
إن جاء آخر، وادّعي أنه أخو الميت أو ابن الميت لاينقض قضاء قد سبق بالشك ١٢٦٥

باب في شهادة الوصيّ والوكيل قبل الخصومة وبعدها ١٢٦٦

الباب على أصلين: ١٢٦٦
من صار خَصماً في حادثة، بطلت شهادته فيها؛ لقوله عليه السلام: «لا شهادة لخصم». ١٢٦٦
من انتَصَب خَصماً عن غائب، وقضى عليه، كان القضاء عليه قضاء على الغائب لقيامه مقامه. ١٢٦٧
في الباب فصول ثلاثة: فصل في شهادة الوصيّوفصل في شهادة الوكيل وفصل في كيفية الخصومة. ١٢٦٧
رجل أوصى إلي رجل، ومات، فقبِل الوصيّ الوَصاية، ولم يخاصم إلي القاضي في شيء ١٢٦٧
لوتصرّف الوصي بعد موته قبل أن يعلم بالوصاية ١٢٦٧
إن كان الوصيّ لم يقبل الوصاية، ولم يردّ، حتى شهد للميت بمال عند دعوى بعض الورثة ١٢٦٨
فصل الوكالة: على وجهين: أحدُهما أن يكون خاصّاً، والآخر أن يكون عامّاً، والعامّ على نوعين ١٢٦٨
رجل وكّل رجلا بالخصومة في شيء، ثمّ أخرجه من الوكالة قبل أن يخاصم عند القاضي، ١٢٦٨
والخصومة لاتكون إلا في مجلس القضاء ١٢٦٩
الإيصاء من الميّت لايقبل التخصيص ١٢٦٩

الوكالة العامّة في الموجود، دون الحادث ١٢٧٠
رجل وكّل رجلاً بالخصومة مع فلان في كلّ حقّ له قِبَله بمحضر من القاضي والقاضي يعرفهم جميعاً ١٢٧٠
لو أحضر عند القاضي خصماً، وقال: وكّلتُ وكيلي هذا ليخاصم عني مع هذا الرجل، ١٢٧١
لو أن المؤكل لم يعزل الوكيل حتى خاصم المطلوبَ عند القاضي في ألف درهم، وقضى القاضي بذلك المال، أو لم يقض حتى عزله الموكّل، ثم شهد للمؤكل بالألف التي خاصم فيه ١٢٧١
إذا وكّله بغير محضر من القاضي بكلّ حق له قِبَل فلان، فخاصم الوكيل فلانا عند القاضي بألف درهم للمؤكل، فجحَد المدّعى عليه المالَ والوكالةَ، ١٢٧١
لو قضى القاضي بوكالته عَقيب الدعوى في حق ١٢٧٢
إن شهد بمال حادث بعد التوكيل حكم القاضي حجّة في حقّ الكلّ وعلمه حجّة في حقّ نفسه دون غيره ١٢٧٢
رجل ادّعى عند القاضي على رجل أن فلاناً وكّله بالخصومة في كلّ حق له قِبل هذا المدّعى عليه، ١٢٧٣
رجل أقام البينة أن فلان بن فلان وكّله بكلّ حق له في مصر كذا، وبالخصومة فيها، ١٢٧٣
الو شهد بحق حادث بعد التوكيل ١٢٧٤
رجل حضر مجلس القاضي، وادّعى أن فلاناً الغائبَ وكّله وفلانا الغائبَ بالخصومة في كلّ حق له ١٢٧٥
فصل كيفية الخصومة ١٢٧٥
رجل أحضر رجلا، وادّعى أن فلانا وكّله بالخصومة معه في كلّ حق له قبلَه، وادعى عليه مالا لمؤكّله ١٢٧٥
الو أقام البينة على الوكالة والمال جملةً، وهذه ثلاث مسائل ١٢٧٧
إن لم يقض بالمال حتى حضر المؤكل وعزل الوكيلَ أو جحد أن يكون وكيلاً فشهد له الوكيل المعزوله ١٢٧٨
الوكيل لو ادعّى الوكالةوأقام البينة فلم يقض القاضي بوكالته و ادّعي المطلوب أن الموكل أبرأه عن الدّين ١٢٧٩
لو كان الوكيل أقام البينة على الوكالة، فظهر أنهم عبيد، ثمّ عزله المؤكل ١٢٧٩
لو خاصم في شيء مما قلنا، وادّعى الوكالة، ولم يقم البينة علي ذلك، لكنه حلف الخصم ١٢٧٩
رجل أحضر رجلا، وادّعى أن فلانا وكّله بالخصومة في كل حق له في مصر كذا ١٢٨٠
إن أحضر رجلاً آخر، وادّعى عليه حقا لمؤكله، والمدّعى عليه يجحد وكالته ١٢٨٠
باب من الشهادة التي تجوز في الوصية بعد الموت والدّين قبل القضاء وما لاتجوز بعلهِ القضاء ١٢٨٢
الشهادة إذا تضمّنت جرّ مغنمٍ إلى الشاهد، أو دفع مغرمٍ عنه، لاتقبل لمكان التهمة. ١٢٨٢

الوصايا إذا اجتمعت، وفيها عتق، يقدّم العتق ١٢٨٢
الأدنى لايزاحم الأقوى. ١٢٨٢
في الباب فصلان: الشهادة بعد الشهادة، والشهادة بعد الإقرار. ١٢٨٣
الفصل الأول علي وجهين: إما إن كان في العبد، أو في الثلث. ١٢٨٣
رجل مات وترك ثلاثة أعبد قيمتهم على السواء، لامال له غيرهم، فشهد رجلان أن الميت أوصي
بهذا العبد لهذا الرجل، ثم شهد وارثان أن الميت أوصى لهذا الرجل بهذا العبد ١٢٨٣
الوارثان لو شهدا أن الميّت أعتق هذا العبد الاخر في مرضه ١٢٨٤
لو كان القاضي قضى للأول، ثم شهد الوارثان بشيء مما قلنا، لاتقبل ١٢٨٥
لو شهدا بعد القضاء الأول: أن الميّت أعتق هذا العبد الآخر في مرضه ١٢٨٥
إذا شهد الوارثان بعبد آخر، ١٢٨٥
لو كان القاضي قضى للأول، ودفع إليه العبد، ودفع العبدين الباقيين إلى الورثة، ثم شهد الوارثان
أن الميّت أوصى بذلك العبد للثاني ١٢٨٦
لو شهدا أن الميّت أعتق العبد المقضيّ به في مرضه ١٢٨٧
القسم الثاني من هذا الفصل: وهو ما إذا كانت الوصية بالثلث: ١٢٨٧
رجل مات، فشهد شاهدان أن الميت أوصى لهذا الرجل بثلث ماله، فقضى القاضي بذلك، ١٢٨٧
لو شهدا أن الميت أعتق هذا العبد نفسه في مرضه، لاتقبل ١٢٨٨
لو شهد الوارثان أن الميت أعتق هذا العبدَ في مرضه، إن شهدا بذلك قبل القضاء الأول ١٢٨٨
لو كان القاضي قضى بشهادة الأجنبيّين، وقسم التركة، وأعطى للموصى له الثلث،
ثم شهد الوارثان بالوصية بالثلث لرجل آخر ١٢٨٩
الوارثان لو أقرّا لرجلٍ بدينٍ على الميت، ومعهما وارث آخر، لم يقرّ بذلك. ثم شهد المقرّان
على الميت بذلك الدَين عند القاضي ١٢٨٩
لو ترك الميت عَرضا أو عَينا، ودينا، يقضي من النقود، ومن العين، وأيسر المالين قضاءً نصيب المقرّ،
فيتعيّن ذلك لقضاء الدين ١٢٩١
لو قذَف رجلا، ثم جاء مع نفَرٍ ليشهدون عليه بالزنا ١٢٩١
لو أن رجلا مات، فشهد شاهدان أن الميت أوصى إلى هذا الرجل، ولم يقض القاضي حتى شهد
وارثان أن الميت رجع عن ذلك، وأوصى إلى هذا الثاني، والثاني يدّعي ذلك، ١٢٩١

وإن شهد الوارثان بذلك بعد ما قضى القاضي بالإيصاء للأول ١٢٩١

الفصل الثاني، وهو فصل الإقرار ١٢٩٢

رجل مات، وترك ثلاثة أعبد، قيمتهم على السواء، لامال له غيرهم، وترك ابناً لاوارث له غيره، فأقرّ الابن أن الميت أوصى بهذا العبد الآخر لهذا الرجل، فسمع القاضي إقراره، ولم يقض بذلك، حتى شهد الابن مع رجل اجنبيّ أن الميت أوصى بهذا العبد الآخر لهذا الرجل الآخر، ١٢٩٢

إقرار الوارث بالوصيّة إقرار على الميت، فلايوجب الحق قبل القضاء ١٢٩٣

لو كان الوارث أقرّ بثلث المال وصيةً لرجل، ثمّ شهد مع رجل بوصية الثلث لرجل آخر، فإن كان ذلك قبل القضاء للأول ١٢٩٥

ولوشهد الوارث مع رجل أن الميت أوصى بثلث ماله لهذا الرجل، وقضى القاضي بذلك، ثم شهدا لرجلٍ آخر بالوصية بالثلث ١٢٩٥

لو أقرّ للأول بالوصية، وقضى به القاضي، ثم شهد بالوصيّة للثاني ١٢٩٥

لو شهد الوارث مع رجل بدَين على الميت، وقضى القاضي، ثم شهد بالدَين لرجل آخر، وليس في التركة وفاء بالدينين ١٢٩٥

لو أقرّ بدينٍ على الميت أوّلاً، وقضى القاضي، ثم شهد للثاني ١٢٩٥

الثابت بالشهادة فوق الثابت بالإقرار ١٢٩٥

لو كان الوارث أقرّ بالدين، وسلّم بنفسه، ثم شهد بالدين لرجل آخر ١٢٩٦

كتاب الدعوى ١٢٩٧

باب دعوى أحد الشريكين الولد لنفسه ولشريكه فيصدّقه الشريك أو يكذّبه ١٢٩٧

الباب على أصلين: ١٢٩٧

دعوة النسب كما تصحّ في الملك الكامل، تصحّ في الملك الناقص؛ ١٢٩٧

دعوة الاستيلاد مع دعوة التحرير إذا اجتمعتا، تترجّح دعوة الاستيلاد؛ ١٢٩٧

جارية بين رجلين، ولدت ولدين في بطنين مختلفين ١٢٩٧

ضمان التملّك لايختلف باليَسار والإعسار، ١٢٩٨

ما إذا بدأ بشريكه، وثني بنفسه، وكذّبه الشريك ١٣٠١

باب من الدعوى والخصومة والاستيثاق للخصم والإقرار عند القاضي

القاضي مامور بالنظر والاحتياط، ١٣٠٣
في الباب فصول ثلاثة: ١٣٠٣
أحدها: أن يكون المدّعَى حقا قائما بالمدّعى عليه، نحو الطلاق، والعتاق، الثاني: أن يكون منقولا.
الثالث: أن يكون عقارا ١٣٠٣
إذا تقدّم الخصّمان إلى القاضي، فادّعى أحدهما على صاحبه مالاً أو حقاً، وجَحَد خصمه، فأقام
البينة على ذلك، وطلب من القاضي أن يكفل المدّعى عليه ١٣٠٣
إن طلب التكفيل قبل إقامة البينة، هل يجيبه القاضي إلى ذلك؟ ١٣٠٤
في الابتداء يستحضره لسماع الدعوى احتياطا لإحياء الحقوق ١٣٠٥
ينبغي أن يكون الكفيل معروفا: معروف الدار، معروف التجارة، ليحصل التوثّق ١٣٠٦
إن كان المدعى عليه امرأة ١٣٠٨
إن طلب المدعي أن يعطيه كفيلا بنفسه، ووكيلا بالخصومة ١٣٠٨
يجوز أن يكون الكفيل والوكيل واحدا لحصول المقصود ١٣٠٨
إن أعطاه وكيلا، وكفيلا بنفس الوكيل، وكفيلا بالمال المدّعى به ١٣٠٩
إن كان الدعوى في عَيِن فاته ١٣٠٩
إن أعطاه وكيلا بالخصومة، وكفيلا بنفس الوكيل، وسلّم العين المدعى به إلى الوكيل ١٣٠٩
إن كانت الدعوى في العقار، فأعطاه المدعى عليه كفيلا بنفسه، ووكيلا بالخصومة،
أو أعطاه وكيلا بالخصومة، وكفيلا بنفس الوكيل ١٣١٠
وإن غاب المدّعى عليه بعد ما جحَد، وأقيم عليه البينة، ثم عُدّلت البينة ١٣١٠
أن المرأة إذا ادّعت الطلاقعلى زوجها، أو ادّعت الأمة العتق على مولاها، وأقامت البينة،
فغاب المدعى عليه ١٣١١

باب ما يكون فيه خصما إذا لم يعلم ثم لاتردّ خصومته إذا علم وما لايكون فيه خصماً إذا علم قبل القضاء ١٣١٢

البَاب على أصول ١٣١٢

المدعى عليه إذا أقرّ بما يجعله خصماً ثم ادّعى ما يخرجه من أن يكون خصماً، لايقبل؛ ١٣١٢

البينة على حقوق العباد لاتقبل إلاّ من خَصمحاضرٍ على خصم حاضر. ١٣١٢

القضاء بالملك المطلق قضاء على المدعى عليه، وعلى من تلقّى الملك منه. ١٣١٢

في الباب فصول ثلاثة: فصل في دعوى الملك المطلق، وفصل في دعوى الملك بسبب مؤرّخ، وفصل في الشفعة. ١٣١٢

رجل ادّعى داراً في يدِ رجل أنها له، وأقام البيّنة، فقال المدعى عليه: هي لفلان، بعتها منه منذ شهرٍ، وقبضها مني، ثم أودَعَنيها، وغاب ١٣١٢

إن حضر الغائب بعد ذلك، وادّعى أن الدار له، وأقام البينة على المقضيّ له، ١٣١٣

إن حضر الغائب قبل القضاء للمدعي ١٣١٤

إن ادعى أنه اشتراها من ذي اليد منذ شهرٍ، وأقام البينة، ١٣١٤

الفصل الثاني ١٣١٥

رجل في يديه دار، ادّعى رجل أنه اشتراها من ذي اليد منذ سنةٍ، وقال صاحب اليد: هي لفلان بعتها منه منذ شهر، و سلّمتها إليه، ثم أودَعنيها، وغاب ١٣١٥

الفصل الثالث ١٣١٦

رجل اشترى دارا، وقبضها من الشفيع، وطلب الشفعة، وأقام البينة على المشتري، فقال المشتري: بعتها من فلان بكذا، وسلّمتها إليه، ثم أودَعنيها، وغاب ١٣١٦

إن قضى بالشفعة، ثم حضر الغائب، وأقام البينة على الشراء ١٣١٦

إن حضر الغائب قبل أن يقضى للشفيع، وأقام البينة على أنه اشتراها من المشتري، ١٣١٦

لو صدّق الشفيع المشتريَ فيما قال قبل القضاء بالشفعة ١٣١٦

القضاء بالشفعة بمنزلة القضاء بالبيع ١٣١٧

كتاب الإقرار ١٣١٨

باب ما لايصدّق فيه المؤاجر على نقض الإجارة والمرأة على زوجها والمحبوس على ربّ الدين والمريض على غرمائه ١٣١٨

البابَ على أصول ثلاثة: الإجارة تُفسخ بالأعذار ١٣١٨

الإقرار إذا صادَف حق المقرّ نفَذ، وإن تعدّى ضررُه إلى الغير، وإن صادف حقّ الغير لاينفذ. ١٣١٩

الحَجر على الحرّ باطل ١٣٢٠

في الباب فصول أربعة: الإجارة، والنكاح، والحجر، وإقرار المجهول بالرقّ. ١٣٢٠

الأولّ: قال محمد رجل آجَر أرضَه من رجل عشر سنين أو أكثر بأجرٍ معلومٍ إلى أجل معلوم ١٣٢٠

ليس لربّ الأرض أن ينقض الإجارةَ بغير رضى المستأجر إلابعذر ١٣٢١

لايصحّ النقض إلابقضاء أو رضى ١٣٢٢

إذا أراد أن يفسَخ ليَبيع بالدين، كيف يفسخ؟ يفسخ الإجارةَ أوّلاثم يبيع؟ أو يبيع فيكون ذلك فسخاً للاجارة؟ ١٣٢٢

إن طلب الآجر من القاضي أن ينقض الإجارة قبل البيع ١٣٢٣

إن كان المؤاجر باعها قبل أن يتقدّموا إلى القاضي، ثم تقدّموا إلى القاضي ١٣٢٣

لو كان القاضي أمر الآجر بالبيع فباع، يجب الأجر على المستأجر إلى أن يبيع ١٣٢٣

الفصل الثاني:

رجل تزوّج امرأةً، وأوفاها مهرَها، وأراد أن يخرجها إلى بلد من البلدان، ١٣٢٥

لو استأجر عبداً ليخدمه في الحضر، ليس له أن يسافر به؛ ١٣٢٦

إن أقرّت المرأة بدين على نفسها لرجل، وصدّقها المقرّ له، وكذّبها الزوج، وأراد المقرّ له أن يحبسها بالدين، أو يمنع عن المسافَرة ١٣٢٦

الفصل الثالث الحجر بسبب الدين ١٣٢٧

رجل حبس بديون لقوم، فقال غرماؤه للقاضي أنه يريد أن يقرّ بماله لولده، أو لمن يثق به حتى يقضى بعسرته، فيخرج من السجن، وطلبوا من القاضي أن يحجر عليه، ١٣٢٧

لو طلبوا من القاضي بيع ماله بالدين ١٣٢٨

الحَجر على الحرّ باطل إلاّ على ثلاثة ١٣٢٨

المحجور بسبب السفه إذا تزوج امرأةً بأكثر من مهر مثلها ١٣٢٩

لو طلّق قبل الدخول ١٣٢٩

السفيه بمنزلة الهازل، ١٣٢٩
الحجر بسبب السفه والتبذير هل يتوقّف على القضاء؟ ١٣٣٠
إن حجّر ثم صار بعد ذلك مصلحا لماله، هل يزول الحجر من غير قضاء؟ ١٣٣٢
إن بلغ الغلام سفيهاً مبذرا ماله ١٣٣٢
إذا لم يصحّ الحجر على المديون لو أقرّ على نفسه بدين أو بمال صحّ إقراره، ويقضى بعسرته، ويخرج من السجن ١٣٣٣
لو أن مريضا عليه دَين في الصحّة أقرّ في مرضه بدين ١٣٣٤
تعلّق حق الغير يمنع صحّة الإقرار كما في الرهن، بخلاف المحبوس ١٣٣٥
الفصل الرابع:
مجهولة النسب إذا كانت تحت زوج فأقرّت بالرقّ لإنسان وصدّقها المقرّ له وكذّبها الزوج ١٣٣٥
كل ضرر يتمكّن الزوج من رفعه صدّقت فيه المرأة وكل من لايتمكن الزوج من دفع الضرر بنفسه لاتصدّق فيه المرأة ١٣٣٦
لوجَنى عليها يجب أرش الإماء للمولى؛ ١٣٣٦
لو وكّل رجلا بأن يطلقها ثنتين فأقرّت بالرق، وعلم الزوج بإقرارها ١٣٣٧
إن لم يعلم الزوج بإقرارها، فطلقها الوكيل ثنتين ١٣٣٨
لو قال لها طلقي نفسك ثنتين أو قال لاجنبيّ طلّقها ثنتين إن شئت ثم أقرّت بالرق وعلم الزوج بإقرارها، ثم طلقت نفسها ثنتين، أو طلقها الأجنبي ١٣٣٨
لو أقرّت بالرقّ، ولم يعلم الزوج بإقرارها حتى طلقها ثنتين ١٣٣٨
إقرارها باطل فيما بينها وبين الزوج في الطلاق والعدة والإيلاء وغير ذلك إذا لم يعلم الزوج ١٣٣٨

باب ما يصدّق فيه الرجل إذا أقرّ أنه استهلك من مال العبد والحربيّ وما لايصدّق ١٣٣٩

مَن أنكر حقا على نفسه، كان القول قوله، ١٣٣٩
رجل قال لعبده بعدما أعتقه: قطعت يدك، واستهلكت من مالك كذا وكذا حال ما كنت عبدا لي، وقال العبد: لا، بل فعلتَ ذلك بعد العتق ١٣٣٩
لو قال لحربيّ أسلَم، أوصار ذميّا، أومستأمنا: قطعتُ يدك، وأخذتُ مالك حالَ ما كنتَ حربيا وقال المقرّ له: لا، بل كان ذلك بعد الإسلام، أوبعد الأمان، أو الذمة ١٣٣٩
لو قال لعبده بعد ما عتق: أخذتُ منك كذا وكذا درهما، غلة كذا كذا شهرا حالَ ما كنت عبدا، وقال العبد: لا، بل أخذتَ بعد العتق، ١٣٣٩

لو أعتق أمتَه، فقال وطئتك حال ما كنت أمةً لي، وقالت: لا، ١٣٤٠

لو أمن الإمام أهلَ حِصن أو مطمورة أو بلدة، فاستهلك رجل مال واحد منهم ١٣٤٢

رجل باع عبداً من رجل، ثم قال البائع: قطعت يده قبل البيع حين كان ملكي، وقال
المشتري: لا، بل قطعتَ بعد ما صار لي، ولي عليك الأرش ١٣٤٢

لو قال: قطعتُ يد عبدي هذا ثم بعته منك ١٣٤٢

عبد عتق، فقال لرجل: قطعتُ يدك وأنا عبده، وقال المقرّله: لا، بل قطعتَ بعد العتق، ١٣٤٣

رجل وكّل رجلا يبيع عبده، ثم عزله، فقال الوكيل: قد كنت بعت العبد قبل العزل، ورفعته
إليه، وقبضت الثمن، وهلك عندي، وقال الموكل: لا، بل بعتَ بعد العزل ١٣٤٤

الوصيّ إذا قال بعد بلوغ اليتيم: أنفقتُ عليه كذا وكذا من ماله، وهو نفقة مثله، وادّعى
اليتيم أنه استهلك بعد البلوغ ١٣٤٤

لو قال الوصيّ لعبد بعينه: بعته في صِغر اليتيم ١٣٤٤

رجلٌ ذاهبةٌ عينه اليمنى، قال لرجل ذاهبة عين اليمنى: فقأت عينَك اليمنى وعينَيّ صحيّحة
فذهبت، وقال المقرّله: لا، بل فقأتَ عيني وعينك ذاهبة، ولي عليك الأرش ١٣٤٤

رجل باع عبداً، ثم قال البائع لرجل: قطعتَ يد العبد قبل البيع، ولي عليك الأرش،
وقال المشتري: لا، بل قطعتُ بعد البيع، والأرش لي ١٣٤٥

باب ما يقرّ به الشريك على الشريك فيجوز عليه دون شريكه وما يكون موقوفاً ١٣٤٦

الباب على أصل واحد: الكلام إذا وجد نفاذاً على المتكلّم ينفذ، وإن تعذّر تنفيذه، وأمكن
توقيفه يتوقّف ترتيباً للحكم بقدر الإمكان. ١٣٤٦

في الباب فصول أربعة: فصل في النسب، وفصل في الإعتاق، وفصل في الاستيلاد،
وفصل في التدبير. ١٣٤٦

الفصل الأول: قال محمد رحمه الله: غلام بين رجلين، فقال أحدهما: هو ابني وابنك، أو ابنك
وابني، أو ابننا، ١٣٤٦

جارية بين رجلين، ولدت ولدين في بطنين مختلفين، فقال أحدهما: "الأكبر ابن شريكي،
والأصغر ابني"، وصدّقه الشريك ١٣٤٧

لو قال: "هو ابنك"، وسكت، ثم قال: "وابني معك" أو قال بعد ذلك: "ابننا" إن صدّقه
صاحبه بأن قال: "هو ابني" أو "ابننا" أو قال: "ابني دونك" أو قال هو "ابنك وابني ١٣٤٨

إن كذّبه صاحبه بأن قال: "ليس بابن لي ولا لك"، أو قال "هو ابنك دوني"، ١٣٤٩

إذا أقرّ بنسب ما في بطن أمته من عبده، وكذّبه العبد ثم ادّعاه لنفسه ١٣٤٩

لو قال المقرّ له لشريكه: "هو ابنك دوني"، وسكت، ثم قال: "هوابني ١٣٥٠
إن أقرّ أنه ابن الشريك، وصدّقه الشريك في ذلك ١٣٥٠
إن قال المقرّ له: "ليس بابن لي، أو قال ليس باب لي ولا لك كان عتق الغلام مضافا إلى المقرّ ١٣٥١
جارية بين رجلين جاءت بولد، فقال أحدهما لشريكه: هو ابني وابنك، أو ابنك وابني،
أو قال: ابني، أو ابننا، وصدّقة الشريك، ١٣٥١
عبد بين رجلين ادّعى أحدهما أنه ابنه، ثم قال لصاحبه: إنك كنت اعتقته قبل هذا،
فإن كذّبه صاحبُه ضمن، وإن صدّقه لاضمان عليه، ١٣٥٣
لو اشتريا جارية، فادّعى أحدهما أنها أمّ ولد له، وقال الآخر: قد كنت أعتقتها قبل إقرارك،
وكذّبه مدّعي الإستيلاد في ذلك، ١٣٥٤
اشتريا جاريةً، فحبلت عندهما، وولدت ولداً، فادّعى أحدهما الولدَ والآخر الأمّ،
وخرج الكلامان معاً، ١٣٥٤
الفصل الثاني:
عبد بين رجلين، قال أحدهما لصاحبه: اعتقته أنا وأنتَ، أو أنتَ وأنا، أو قال اعتقناه، ١٣٥٤
الفصل الثالث:
جارية بين رجلين، قال أحدهم "هي أمّ ولد لي ولك"، أو "لك ولي" أو قال "أمّ ولدنا"، ١٣٥٥
لو ولدت ولدا، وقال أحدهما: "هو ابني وابنك" أو "ابنك وابني" أو قال: "ابننا" ١٣٥٥
الفصل الرابع:
أمة بين رجلين قال أحدهما: دبّرتها أنا وأنت، أو أنت وأنا، أو قال: دبّرناها، ١٣٥٨

باب من الإقرار بالدين لقول الوارث أن أباه قبض من غريمه ويجحد الوارث الآخر ١٣٦٥
الباب على أصول: ١٣٦٥
الإقرار بالاستيفاء إقرارٌ بالدين؛ لأن قبض عين الدين لايتصور ١٣٦٥
المقرّ يعامَل بإقراره، كأنّ ما أقرّ به حقّ؛ ١٣٦٥
بيع المريض من وارثه وصية عند أبي حنيفة، وعندهما: إن لم يكن فيه محاباة لايعتبر وصية. ١٣٦٥
رجل مات، وترك ابنين لاوارث له غيرهما، وله على رجل ألف درهم دَين ١٣٦٥
لو أقرّ على مورثه بدين خمس مائة، وكذّبه الآخر ١٣٦٦
لو كان الغريم إدّعى أنه أوفاه جميع الالف، وصدّقه أحدهما، وكذّبه الآخر، ١٣٦٧
رجل عليه دين لرجل، أمر رجلا أن يقضي دينه، فقال المأمور: قد قضيتُ، وصدّقه الآمر، وكذّبه
صاحب الدين، وحلف، وأخذ دينه من الغريم ١٣٦٨

لو قال الغريم: كنت أقرضتُ الميت ألف درهم بعد ما كان له عليّ ألف، ١٣٦٨
لو قال الغريم: إني قضيتُ أباكما في حياته هذه الألف التي تركها لكما،
فصدّقه أحدهما، وكذبه الآخر، ١٣٦٩
رجل حضَره الموت، وله ثلاث بنين، وله على أحدهم ألف درهم، فأقرّ باستيفائها،
وكذّبه الإبنان الآخران، لايصدّق، ١٣٦٩

كتاب الغصب ١٣٧٤

باب من الغصب والجناية مع الشراء ١٣٧٤

في الباب فصول ثمانية: البيع، والهبة، والغصب، والوديعة، والغرور،
والعفو مع القتل، والوكالة، والكفالة. ١٣٧٤
الباب على أصول ثلاثة: زوال المغصوب عن ملك المالك عند أداء الضمان، يستند إلى وقت الغصب في حق المالك والغاصب، وفي حقّ غيرهما يقتصر على التضمين، إلا إذا تعلّق بالاستناد حكم شرعيّ يمنعنا من أن نجعلَ الزوالَ مقصورا على الحال، فحينئذ يستند في حقّ الكلّ؛ ١٣٧٤
هلاك الجاني، لا إلى الخلَف يبطل في حق وليّ الجناية، وهلاكه إلى خلَف لايبطل؛ ١٣٧٥
المخيّر بين أمرَين إذا اختار أحدَهما، بطل الآخر ١٣٧٥
رجل اشترى جاريةً بألف درهم، فقبضها، فقتلت عنده قتيلا خطأ، ثم ماتت،
فاستحقّها رجل بالبينة، وقضى له القاضي، ١٣٧٥
زوال المغصوب عن ملك المالك يقتصر على التضمين في حق غير المالك والغاصب ١٣٧٧
ولو لم تَمُت الجارية عند المشتري لكنها أبَقَت من يده ثم استحقت، ١٣٧٧
الفصل الثاني: وهو فصل الهبة: رجل وهب لرجل جاريةً، وقبضها الموهوب له، فقتَلت عنده قتيلا، ثم ماتت، ثم استحقها رجل بالبينة ١٣٧٩
في بيع المقايَضة إذا استحق أحد العوضين أو ردّه بالعيب، وقد هلك الآخر عند صاحبه، ١٣٨٠
قبض الموهوب له قبضُ أمانة بمنزلة الوديعة ١٣٨٠
إن جنَت قبل البيع، ثم باعها، وسلّمها إلى المشتري، وهو يعلم بالجناية، أو لا يعلم،
ثم استحقّت بالبينة، ١٣٨
إن كانت الجارية هلكت عند المشتري، ثم استحقت ١٣٨١
إن ضمن البائع نفذ البيع، وسلّمت القيمة للمستحق، لا حقَّ لوليّ الجناية فيها؛ ١٣٨١
فصل الغصب: رجل غصب جاريةً، فغصبها منه آخر، فقتَلت عند الثاني قتيلا خطأ، ثم ماتت،
واستحقهاإن ضمن أحدَهما نصف القيمة، أو ثلثها، أو ربعها ١٣٨٢

إن أراد المستحق أن يرجع بالقيمة الثانية على الغاصب الثاني، لا على الأول ١٣٨٣
لو كانت الجناية عند الأول، فغصبها الثاني، وماتت عنده ضمّن المولى أيهما شاء ١٣٨٤
إن اختار المستحق تضمين الغاصب الأول دفع القيمةَ إلى أولياء الجناية ١٣٨٤
لو لم تمُت عند الثاني حتى أخذها المولى من الثاني واختار الدفع أو الفداء ١٣٨٤
لو كانت الجناية عند الغاصب الثاني، ثم جاء المولى وأخذها، ودفع أو فدى ١٣٨٤
فصل الوديعة: رجل غصب جارية، وأودَعها رجلاً فقتَلت عنده قتيلا خطأ، ثم ماتت في مستحق ١٣٨٥
الوديع والغصب سواء، إلا في خصال ثلاثة: ١٣٨٥
فصل القتل: رجل غصب عبداً قيمته ألف درهم، فازدادت قيمته، وبلغت ألفي درهم، فقتَل
عنده قتيلا خطأ، ثم جاء رجل وقتله خطأ، ثم استحق، ١٣٨٦
إن قال الغاصب أو القاتل: أنا لا أرضى بما اختار المستحق، ١٣٨٦
إن التضمين في حق وليّ الجناية بمنزلة التمليك المبتدأ. ١٣٨٧
ضمان الغصب بدل الملك، ١٣٨٧
كلما دفع ثلث الألفين إلى وليّ الجناية يرجع على الغاصب بثلث الألف ١٣٨٨
لو كان قاتل العبد هو الغاصب، ١٣٨٨
إن اختار المستحق تضمين العاقلة، وأخذ منهم القيمة ١٣٨٩
فصل الغرور: رجل اشترى جارية بألف درهم، وتقابضا، فوطئها المشتري، وحبلت منه، ثم ضربت
الجارية بطنها، فألقت جنينا ميّتا، ثم استحقها رجل بالبينة، ١٣٨٩
الهبة في هذا بمنزلة البيع إلا في خصلتين: ١٣٩٠
من أخبر إنسانا بأمن الطريق، فسلك، وأخذ اللصوص ماله، ١٣٩١
فصل الوكالة: رجل غصب جارية، فأودعها رجلا، فأبَقت منه، ثم استحقت، ١٣٩١
لو كانت ذا رحم محرم منه، عتقت على الغاصب دون المودع ١٣٩١
إن هلكت في يده بعد العود من الإباق، تهلك أمانةً ١٣٩٢
إن طلبها الغاصب من المودع من غير أن يؤدي القيمة إلى المودع، ١٣٩٢
في الوكيل بالشراء إذا حبس المبيع لاستيفاء الثمن، فهلك العين في يده، يهلك بالثمن ١٣٩٢
لو كان الغاصب آجرها، أو رهنها ١٣٩٢
إن أعارها من إنسان أو وهبها ١٣٩٣
لو أبرأه المستحق من القيمة بعد التضمين، أو وهبها له ١٣٩٣
فصل الكفالة:
رجل ادّعى جارية في يد رجل، وجحَد المدعى عليه، فكفل بها رجل للمدّعي

بأمر المدّعى عليه، أو بغير أمره، ١٣٩٤
إن أحضرها الكفيل، وسلمها إلى المدّعي ١٣٩٤
ضمان الغصب ضمان إتلاف المال حكما بإزالة اليد، ١٣٩٥
الكفالة شُرعت للتوثّق بضمّ ذمّة الكفيل إلى ذمّة الأصيل تحقيقا لمعنى الكفالة، ١٣٩٥
إن كانت الكفالة بأمر الأصيل، كانت ملكا للأصيل ١٣٩٥
إن كانت الكفالة بغير أمر الأصيل، كانت الجارية ملكا للكفيل ١٣٩٦
إذا قضى القاضي بالقيمة على المدّعى عليه، فتبرّع رجل بأداء القيمة، ١٣٩٦
إذا اختار تضمين الغاصب الأول لا يبقى له ولاية تضمين الثاني ١٣٩٧
في الوكيل بالشراء، لا يملك البائع مطالبة الموكّل ١٣٩٧
إن قضى القاضي بالقيمة على المدّعى عليه، ثم ظهرت الجارية ١٣٩٧
إن وهب الطالب القيمة للكفيل، ١٣٩٧
إذا وهب من الكفيل، ولا دين عليه، ١٣٩٧
لو احتال بأمره، ولا دين عليه، فوهب المحتال المال من المحتال عليه ١٣٩٨
إبراء الكفيل إسقاط محض، ليس فيه معنى التمليك ١٣٩٨
إبراء الوكيل تمليك بمنزلة الهبة، ١٣٩٨
لو أبرأ الطالب الأصيلَ عن القيمة بعد ما قضى القاضي عليه بالقيمة، ١٣٩٨
لو أبرأهما جميعا كانت الجارية للأصيل، ١٣٩٩
لو لم يبرئ واحداً منهما حتى أدّى الكفيل القيمة، وثبت له حق الرجوع على الأصيل، ١٣٩٩
إن كانت الجارية ذات رحم محرم من الأصيل، فإن كانت الكفالة بأمر الأصيل، ١٣٩٩
إن كانت ذات رحم محرم من الكفيل، فإن كانت الكفالة بأمره ١٤٠٠
إن كانت ذات رحم محرم منهما ١٤٠٠
إن أعتقها المستحق بعد ما قضى القاضي له بالقيمة ١٤٠٢
لو لم يعتقها أحد حتى باعها الأصيل أو الكفيل بعد ما قضى القاضي بالقيمة ١٤٠٢
لو أعتقها أحدهما، ثم قتلها رجل خطأ، فإن أدّى المعتق القيمة ١٤٠٣
المكاتب إذا قتل خطأ ١٤٠٣
إن قتلها عمدا لا يجب القصاص لاشتباه الوليّ عند الجناية؛ ١٤٠٤
لو قتلها المعتق عمدا، أو خطأ، ثم أدى القيمة، ١٤٠٤
غاصب الغاصب إذا أبقت الجارية من يد الثاني، فأراد المالك أن يضمن كل واحد منهما
نصف القيمة، أو يضمن أحدهما الثلثين، والآخر الثلث، أو يضمنهما أرباعا، ١٤٠٥

باب من غصب المدبّر المعروف والعبد الذي يغرم قيمته بقول الغاصب ١٤٠٦
الباب على أصلين: المدبّر يضمن بالغصب؛ ١٤٠٦
المال الخبيث إذا استقرّ على ملكه يُتصدّق به، ١٤٠٦
وفي الباب فصلان: فصل في المدبر، وفصل في القن. ١٤٠٦
أما الأول: [قال محمد: رجل غصب مدبرا قيمته ألف درهم، فازدادت قيمته، فبلغت ألفي درهم، ثم غصبه آخر، فأبَق منه، فحضر المولى والغاصبان، ١٤٠٦
إن اختار تضمين الأول لم يجعل يد الأول يد نفسه، ١٤٠٧
إن اختار تضمين الثاني ضمنه ألفي درهم قيمته يوم غصب الثاني ١٤٠٧
لو جمع بين مدبّر وقنّ، وباعهما صفقةً واحدة، ١٤٠٧
إن عاد المدبر من الإباق، أخذه مولاه ١٤٠٩
حقّ الحبس لا يثبت إلا في محله، ١٤٠٩
لو لم يطالبه المولى بالردّ، ولم يمنعه حتى قتله الثاني خطأ ١٤١١
إن أراد المولى أن يضمن الغاصب الثاني ألفي درهم في ماله ١٤١١
لو أن المولى لم يضمن أحد الغاصبين حتى قتله الغاصب الثاني، ثم اختار المولى تضمين الأول، وهو لا يعلم بغصب الثاني ولا بقتله، ١٤١٢
لو أبرأ غريمه عن ما عليه، ولا يعلم بذلك، صحّت البراءة ١٤١٢
إذا شهد شاهدان بالكتابة، وقضى القاضي بذلك، ثم رجعا، ولم يعلم المولى برجوعهما ١٤١٢
الفصل الثاني:
رجل غصب عبدا قنّا يساوى ألف درهم، فزادت قيمته في يده، فصار يساوى ألفي درهم، ثم غصبه آخر، فأبَق منه، ثم اختصموا إلى القاضي، ١٤١٢
لو اشترى عبدين بألف، وقبضهما، فهلك أحدهما، ووجد الآخر معيبا، وهو يساوى ألف درهم، فأراد أن يردّه بعيب ١٤١٣
لو قال الغاصب الأول: غصبتُه أنا وقيمته خمسمائة، وغصبه منى الثاني وقيمته خمسمائة، وقال المولى: لا، بل غصبه الأول وقيمته ألف، ١٤١٤
لو اشترى عبدا، وتقابضا، ثم تقايلا، ولم يتقابضا حتى قتلفإن اختار المولى نقض الفسخ ١٤١٥
إن اختار المولى إمضاء ذلك الفسخ، ١٤١٦
إن نقض الفسخ، ورجع على الغاصب الأول ١٤١٦
إذا اختار المولى أخذ العبد بمحضر من الغاصب الأول، ولم يقبضه حتى قتله الثاني، ١٤١٧

الغاصب الأول، لو أعتق القنّ بعد ظهوره قبل الفسخ، ١٤١٨
أمّ الولد عند أبي يوسف ومحمد بمنزلة المدبر تضمن بالغصب عند أبي حنيفة لا تضمن ١٤١٨

كتاب الجنايات ١٤١٩

باب من الجناية التي يدعي فيها الوليّ الخطأ أو العمد فيجب له الأرش ١٤١٩

الباب على أصول: القصاص إذا تعذّر استيفاءه لمعنىً من جهة الوليّ، لا يجب شيء، وإذا تعذّر لمعنىً من جهة القاتل يصار إلى الدية؛ ١٤١٩
القصاص إذا لم يتعلّق بفعل أحد الشريكين، كان كالخاطئ مع العامد لا يتعلق بفعل الآخر لمكان الشبهة. ١٤١٩
الدية وكلّ جزء منها إذا وجبت على العاقلة، أو في مال القاتل تجب في ثلاث سنين؛ ١٤٢٠
وليّ القتيل إذا قال لرجلين: أنتما قتلتماه معمّدا بحديدتين، فصدّقه أحدهما، ١٤٢٠
لو ادّعي على رجل بيعا، فأنكر البائع البيعَ، ثم صدّقه ١٤٢٢
لو ادّعي الوليّ العمد عليهما، فصدّقه أحدهما في ذلك، وأنكر الآخر القتل أصلا، ١٤٢٣
إن كان الولي ادّعي الخطأ عليهما، فأقرّ أحدهما بالعمد، وجحد الآخر القتل أصلا ١٤٢٣
إن قال أحدهما: قتلته أنا وفلان عمدا بالحديد، فقال الوليّ: "قتلتَه وحدك"، وقال فلان: "قتلته أنا والمقرّ خطأ" ١٤٢٣
رجل قطعت يده ورجله، ومات من ذلك، فقال رجل: أنا قطعت يده عمدا، وقطع فلان رجله عمدا، ومات من جميع ذلك، وقال الوليّ: لا، بل أنت قطعت يده ورجله عمدا ١٤٢٤
إن قال الوليّ: بلى! أنت قطعت يده، ولا أدري من قطع رجله ١٤٢٤
إن قال الوليّ بعد ذلك: إن فلانا قطع رجله معك عمدا، ١٤٢٤

باب ما يجب فيه القود وما لا يجب من قطع المفاصل من الإصبع وغيرها ١٤٢٦

الباب على أصلين: وجوب القصاص في الأطراف يعتمد التكافؤ والتساوي، ١٤٢٦
المعتبر في الجنايات مآلها، لا حالها؛ لاختلاف الأحكام بسرايتها ومآلها، ١٤٢٧
رجل قطع المِفصَل الأعلى عمدا من إصبع رجل، فبرأ من ذلك، ولم يقتص ١٤٢٧
لو قطع إصبع القاطع بعد وجوب القصاص. ١٤٢٨
لو قطع المفصل الأسفل من إصبع رجل آخر هو مقطوع المفصل الأعلى ١٤٢٨
لو قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل، فبرأ، ولم يقتصّ حتى مات ١٤٢٩

لو قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل فبرأ، واقتص ثم جاء القاطع الأول
وقطع المفصل الأسفل ١٤٢٩
لو قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل، فلم يبرأ حتى عاد، فقطع المفصل الثاني ١٤٢٩
رجل قطع نصف المفصل من إصبع رجل، وكسر العظم كسرا، فبرأ، ثم قطع الباقي ١٤٣٠
إن قطع المفصل أوّلا، ثم كسر العظم بعد ذلك، إن تخلّل بينهما بُرء ١٤٣١
لو ضرب رجلا ضربةً، وقطع أصابعه، ثم عاد قبل البرء، وقطع الكف من المفصل، ١٤٣١
لو قطع الأصابع فبرأ، ثم قطع الكف ١٤٣١
لو قطع الأصابع خطأ، فبرأت، ثم قطع الكف خطأ ١٤٣١
لو قطع الحشفة خطأ، ثم قطع الباقي، إن لم يتخلّل بينهما برء ١٤٣٢
لو شجّ رجلا موضحة خطأ، فلم يبرأ حتى شجّه أخرى، ثم شجّه أخرى، ١٤٣٢
لو كان كلّما شجّه شجةً برأت ١٤٣٢
لو شجّ رجلا موضحة عمدا، فلم يبرأ حتى ضربه ضربةً أخرى، فجعلها منقّلة: ١٤٣٢
الجنايات إذا لم يتخلّل بينهن بُرء، كانت جناية واحدة، وإن تخلّل بينهن برء ١٤٣٣

باب جناية أمّ الولد على مولاها وعلى غيره من العمد الذي يجب فيه القصاص وما لايجب فيه قصاصوالمدبّر والقنّ والعُقر في ذلك ١٤٣٤
الباب علي آصول: القصاص إذا تعذّر استيفاءه لمعنى من قبل مَن له الحق، لا ينقلب مالاً، وإن تعذّر لمعنى من غيره ينقلب مالا. ١٤٣٤
جناية المملوك على مولاه يعتبر إن كان موجبا للقصاص، وإلا فلا؛ ١٤٣٤
جناية المملوك إذا ترادفت، ودفع بها، عند أبي حنيفة رحمه الله يقسم الجاني بين أولياء الجناية بطريق العَول والمضاربة، وعندصاحبيه ١٤٣٤
العبد إذا قَتل مولاه عمدا، وله وليّان، فعفا أحدهما، بطل كله، ولا ينقلب نصيب الباقي مالا ١٤٣٥
أم الولد إذا قتلت مولاها عمدا، فإن لم يكن لها منه ولد يرثه، تقتل به ١٤٣٥
جنايات أم الولد أو المدبر وإن كثُرت، لا توجب إلا قيمة واحدة، ١٤٣٦
في الباب فصول ثلاثة: جناية أم الولد، وجناية المدبّر، وجناية القنّ. ١٤٣٦
الفصل الأول: أمّ ولد قتلَت سيدَها عمدا و رجلا أجنبيا عمدا، فإن لم يكن لها ولد من مولاها ١٤٣٦
إن لم تقتل حتى عفا أحد وليّي كل واحد منهما، فهو على وجهين ١٤٣٧
لو عفا أحد وليّي الأجنبي أوّلا، ينقلب نصيب صاحبه مالا، وهو نصف القيمة ١٤٤١

جنس مسائل القسمة أربعة: ١٤٤١
ما يقسّم بطريق العول عندهم ثمانية: ١٤٤٢
ما يقسم بطريق المنازعة ١٤٤٣
فضوليّ باع عبدا من رجل بألف درهم، وفضوليّ آخر باع نصف ذلك العبد من رجل آخر بخمسمائة درهم، فأجاز المولى ١٤٤٣
ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة، وعندهما بطريق العول، ثلاث مسائل: ١٤٤٤
دار تنازع فيها رجلان، أحدهما يدّعي كلها، والآخر يدعي نصفها، وأقاما البينة، ١٤٤٤
إذا أوصى بجميع ماله لرجل، وبنصفه لآخر، وأجازت الورثة، ١٤٤٤
إذا أوصى بعبد بعينه لرجل، وبنصف هذا العبد لآخر، والعبد يخرج من ثلثه أو لا ١٤٤٤
ما يقسم بطريق العول عند أبي حنيفة، وعندهما بطريق المنازعة، خمس مسائل: ١٤٤٥
عبد مأذون بين رجلين، أدانه أحد المولَيَين مائة، يعني باعه شيئا بنسيئة، وأدانه أجنبي مائة، ١٤٤٥
عبد قتل رجلا خطأ، وآخر عمدا، وللمقتول عمدا وليّان فعفا أحد وليه ١٤٤٥
لو كان الجاني مدبرا، والمسألة بحالها، ودفع المولى القيمة ١٤٤٦
أم الولد قتلت مولاها عمدا، وأجنبيا عمدا، ولكل واحد منهما وليان، فعفا أحد وليّي كل واحد منهما على التعاقب، ١٤٤٦
تركنا القياس في الميراث بإجماع الصحابة ١٤٤٧
قسمة العين متى كانت لحق ثابت في الذمة، أو لحق ثبت في العين على وجه الشيوع في البعض دون الكل، كانت القسمة عولية، ١٤٤٨
من قتل رجلا عمدا، وابن القاتل وارث المقتول ١٤٥٠
جنايات أم الولد وإن كثرت لا توجب إلا قيمة واحدة ١٤٥١
إن كانت سعت في قيمتها لورثة المولى، ثم عفا أحد وليّ الأجنبي، إن دفعت القيمة إلى ورثة المولى بقضاء القاضي ١٤٥١
إن دفعت القيمة إلى ورثة المولى بغير قضاء القاضي، ثم عفا أحد ورثة الأجنبي ١٤٥٢
إن عفا أحد وليّ الأجنبي، ثم دفعت القيمة، ١٤٥٣
الوصيّ إذا قضى دين أحد الغريمين بأمر القاضي ١٤٥٤
الفصل الثالث ١٤٥٤
عبد قتل مولاه وأجنبيا عمدا، ١٤٥٤
عبد قتل مولاه عمدا، وله وليّان، فعفا أحدهما ١٤٥٥
عند أبي حنيفة ومحمد لما كان عفو أحدهما كعفوهما، بطل دم المولى أصلا ١٤٥٧

عند أبي يوسف: لا يبطل دم المولى بعفو أحدهما ١٤٥٧
إن عفا أحد وليّ المولى، وأحد وليّ الأجنبي على التعاقب ١٤٥٨
إذا عفا أحد وليّ الأجنبي أوّلا استحق صاحبه أيضا نصف العبد ١٤٥٨
رجل قتل رجلا عمدا، ورجلا خطأ، ولكل واحد منهما وليان، ١٤٦٢
وإن عفا أحد وليّ العمد أوّلا، ثم عفا أحد وليّ الخطأ ١٤٦٣

باب من الجناية بعد الجناية في الأصابع وغيرهاما يجب فيه القصاص
وما لا يجب ١٤٦٤
القاضي مأمور بإيصال الحقوق إلى أربابها بقدر الممكن. ممنوع عن التعطيل. ١٤٦٤
رجل قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل عمدا، وقطع المفصل الوسطى من ذلك الإصبع
من الآخر عمدا، وقطع المفصل الثالث من تلك الإصبع عمدا من آخر، فاجتمعوا إلى القاض ١٤٦٤
إن قطع الأول مفصله يخير صاحب المفصل الوسطى بين القصاص والأرش ١٤٦٤
إن حضر صاحب الإصبع، وطلب القصاص، وغاب الآخران، ١٤٦٦
لو قتل رجلين عمدا، فقتل بأحدهما قصاصا ١٤٦٦
من اشترى عبدا كان عليه القصاص في النفس، فلم يعلم، فقتل به عند المشتري ١٤٦٧
رجل قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل عمدا، ثم عاد، وقطع المفصل الثاني، ثم عاد،
وقطع المفصل الثالث، إن تخلّل البُرء بين الجنايات ١٤٦٨
رجل قطع بعض الإصبع من غير مفصل، ثم قطع ما بقي من المفصل، فلم يتخلل بينهما برء ١٤٦٨

باب الحائط المائل والإشهاد عليه ١٤٧٠
إشراع الكَنيف والجناح، ووضع الحجر في الطريق سبب لضمان ما تلف به، ١٤٧٠
الإشهاد ليس بشرط، إنما الشرط هو الطلب ١٤٧١
مكاتب له حائط مائل إلى الطريق الأعظم، فأشهد عليه، ثم سقط، وأتلف إنسانا ١٤٧٣
لو أشرع المكاتب كنيفا، أو جناحا إلى الطريق الأعظم، ثم أدى المكاتبة، وعتق،
ثم سقط على إنسان فقتله ١٤٧٤
لو عجز، وردّ في الرق، ثم سقط ذلك على إنسان فقتله، ١٤٧٤
لو حفر بئرا في الطريق، ثم عجز، وردّ في الرق، ثم وقع فيه إنسان، ومات، ١٤٧٥
رجل أمه مولاة عتاقة لقوم، وأبوه عبد، أشهد عليه في حائط مائل له، ثم عتق أبوه،

وجر ولاء الولد، ثم سقط على إنسان فقتله ١٤٧٥
لو أن هذا الرجل أشرع كنيفا أو جناحا ثم عتق أبوه ثم سقط الكنيف على إنسان فقتله ١٤٧٦
لو أشهد على رجل في حائط مائل له في داره، فباع الدار، وسقط الحائط في يد المشتري، ١٤٧٦
لو ألقى خشبة أو حجرا في طريق المسلمين، ثم باعه، فلم يحوله المشتري ١٤٧٦
من عثر بالقتيل فهلك، فدمه هدر ١٤٧٧
لو كان جناحا أخرجه، أو كنيفا فسقط، فأتلف إنسانا، ثم عثر رجل بنقض الجناح،
ورجل بالقتيل فعطبا ١٤٧٨
لو أشهد عليه في حائط مائل، فوقع هذا الحائط على حائط صحيح لرجل،
وهدمه، ووقع المهدوم على رجل، فقتل ١٤٧٩
إن اختار صاحب الحائط المهدوم تضمين الأول، وترك النقوض عليه، فعطب إنسان
بنقض الحائط الثاني ١٤٨٠
حائطان مائلان إلى الطريق لرجلين، فأشهد عليهما، ثم وقع أحدهما على الآخر،
وطرحه على رجل فقتله، ١٤٨١
من عثر بالمدفوع بعد قراره على الأرض فهلك، ١٤٨١
لو أشرع كنيفا أو جناحا إلى الطريق الأعظم، فوقع على حائط رجل قد أشهد عليه ١٤٨١
عبد لرجل نام، أو جلس في الطريق، فأعتقه مولاه، ثم عثر به إنسان، وعطب، ١٤٨٢
لو وضع حجرا في الطريق، أو حفر بئرا في الطريق، ثم أعتقه مولاه، ثم عطب إنسان بالحجر ١٤٨٣
لو أوقف العبد دابةً في الطريق، ثم أعتقه مولاه، فلم يحوّل الدابة حتى عطب بها إنسان، ١٤٨٣
لو أن رجلا قَمَط عبدا لغيره، وألقاه في الطريق، فأعتقه مولاه، ثم عثر به رجل، ١٤٨٣
سِفل لرجل، وعِلوه لآخر، وهما مائلان، فأشهد عليهما، فسقط السفل،
ورمى بالعلو على إنسان فقتله ١٤٨٤
حائط مائل أشهد على صاحبه، فوضع صاحبه أو غيره عليه جرّة فسقط الحائط.
ورمى بالجرة، فأصابت إنسانا فقتلته، ١٤٨٤
ولو عثر بالجرة إنسان، وهلك ١٤٨٥
إذا وضع جرةً على حائطه، فسقط على رجل، وأتلفه ١٤٨٥
لو مرّ رجل في ملكه، أو ملك غيره، وهو يحمل نارا، فوقعت شرارة من ناره على ثوب
إنسان فأحترق، ١٤٨٥
لو طارت الريح بشرر النار، وألقته على ثوب إنسان ١٤٨٥
لو مرّ رجل، وهو يحمل حملا، فوقع الحمل على إنسان فأتلفه، ١٤٨٥

ولو عثر إنسان بالحمل، وعطب ١٤٨٥
حائط مائل لصغير أشهد على أبيه، أو وصيه، فلم ينقضه حتى سقط، وأتلف إنسانا ١٤٨٦
لو أشهد على الصبي بعد البلوغ ١٤٨٦
لو أشهد على رجل عاقل بالغ في حائط له مائل، ثم جنّ جنونا مطبقا ١٤٨٧
لو بيعت الدار بعد الإشهاد، ثم ردّت عليه بعيب بقضاء، أو بغير قضاء، ١٤٨٨

باب من الجناية التي يقرّ فيها بالعمد فيجب القصاص أو لا يجب ١٤٨٩

تكذيب المقرّ في بعض ما أقرّ لا يُبطل إقراره بما بقي، وتكذيب الشاهد في بعض ما شهد به يُبطل شهادته فيما بقي، ١٤٨٩
شاهدان شهدا لرجل أن هذا الرجل قتل وليّه عمدا بالسيف، وأقرّ رجل آخر أنه هو الذي قتله وحده عمدا بالسيف، وقال المشهود له: قتلتماه جميعا، ١٤٨٩
لو ادعى القتل الخطأ على رجلين، فشهد على أحدهما أنه قتله وحده، ١٤٨٩
لو ادّعى ألفا من قرض فأقرّ المدّعي عليه بألف من ثمن بيع ١٤٩٠
لو وجد المقتول مقطوع اليدين، فقال وليه: قطع فلان يده اليمنى عمدا، وفلان آخر يده اليسرى عمدا، فمات منهما، ١٤٩٠
لو قال الوليّ: قطع فلان يده اليسرى عمدا، ولا أدري من قطع اليمنى ١٤٩٠
لو قال الوليّ: قطعتَ أنت يده اليسرى عمدا، وقطع فلان يده اليمنى عمدا، ومات منهما، وقال صاحب اليسرى: أنا قطعت يده اليسرى عمدا، ولا أدري من قطع اليمنى، ١٤٩١
لو قال الوليّ: أنتَ قطعت وحدك عمدا، فقال المدّعي عليه: أنا قطعتُ يده اليسرى عمدا، ولا أدري من قطع رجل ١٤٩١
رجل ادّعى أن فلانا شجّ وليّه موضحة عمدا، فمات منها، وأنكر المدّعي عليه، فأقام المدعي شاهدين، فهو على وجوه: ١٤٩٢
لو شهد أحدهما بالموضحة والسراية، والآخر بالموضحة والبرء منه ١٤٩٢
لو شهدا بالموضحة عمدا، وقالا: لاندري إنه مات منها أو برأ ١٤٩٣
لو كان الوليّ يدعي أنه شجّه موضحة، فبرأ منها، فشهد أحدهما بذلك، والآخر أنه مات منها، ١٤٩٣
لو ادعى الوليّ سببا لا يعقله العاقلة نحو السمحاق والباضعة خطأ، وادعى أنه مات، الشهود بالبرء ١٤٩٤
لو ادعى الموضحة مع السراية عمدا على المرأة أو خطأ ١٤٩٤
لو كان القتيل عبدا فادعى مولاه الموضحة مع السراية عمدا، والشهود بالبرء ١٤٩٤

أن المخالفة على هذا الوجه لا تمنع قبول الشهادة على أصل الفعل. ١٤٩٤

باب أمر الصبي الحر وأمر العبد المحجور بالجناية ومايلزم من ذلك ومالا يلزم ١٤٩٥

الباب على أصلين: غصب الصبي الحر إذا اتصل به التلف بما يمكن الاحتراز عنه في الجملة سبب للضمان بمنزلة الجناية عليه، ١٤٩٥

فعل الحر البالغ لا ينتقل إلى غيره بمجرّد الأمر إذا لم يكن مكرها. ١٤٩٥

في الباب فصول أربعة: فصل في الحر البالغ، وفصل في العبد، وفصل في الصبي الحر، وفصل في المكاتب. ١٤٩٥

أما الفصل الأول قال [محمد رحمه الله]: رجل أمر صبيا حرا ليقتل رجلا، فقتله، ١٤٩٦

من أمر رجلا ليحفر له بئرا في فناء داره، فحفر، ووقع فيها إنسان ومات ١٤٩٨

لو أمر عبدا صغيرا أو كبيرا، أو مأذونا في التجارة أو مكاتبا، أو محجورا عليه ليقتل رجلا خطأ، فقتل، ١٤٩٨

لو أمر مكاتبا صغيرا أو كبيرا ليقتل رجلا فقتل، ١٤٩٩

لو غصب مكاتبا صغيرا، وقرّبه إلى المهالك حتى عطب، ١٥٠٠

لو غصب صبيا حرا، وقرّبه إلى المهالك حتى نهَشته حيّةٌ وما أشبه ذلك، ١٥٠٠

إن كان الآمر عبدا ١٥٠١

إن كان مأذونا في التجارة، أو محجورا عليه. ١٥٠١

لو أقرّ بغصب مال يلزمه ١٥٠١

لو أقرّ على نفسه بجناية ١٥٠٢

إن كان محجورا عليه، وهو صغير أو كبير، فأمر عبدا صغير ليقتل رجلا فقتل، ١٥٠٢

إن عتق الآمر، فإن كان كبيرا وقت الأمر ١٥٠٢

لو كان الآمر صبيا حرا، وهو الفصل الثالث من الباب ١٥٠٣

إن كان الصبي مأذونا في التجارة، أو محجورا. ١٥٠٣

ان كان مأذونا، فإن أمر عبدا صغيرا، أو كبيرا مأذونا، أو محجورا ليقتل رجلا فقتله خطأ، ١٥٠٣

لو أمر بذلك صبيا حرا لا يلزم الآمر شيء ١٥٠٤

لو كان الآمر مكاتبا، ١٥٠٤

مكاتب أمر عبدا مأذونا، أو محجورا صغيرا، أو كبيرا ليقتل رجلا فقتل، ١٥٠٤

إن أمر المكاتب حرا صغيرا بالقتل ١٥٠٥
إن عجز المكاتب، وردّ في الرقّ ١٥٠٦
المكاتب إذا أقرّ بالقتل خطأ ثم عجز، إن كان قبل القضاء ١٥٠٦
إن أعتقه المولى بعد العجز، وبعد القضاء بالقيمة ١٥٠٧
لو أمر المكاتب عبدا صغيرا، أو كبيرا مأذونا، أو محجورا بالقتل فقتل ١٥٠٨
إن أمر المكاتب مكاتبا صغيرا، أو كبيرا ليقتل رجلا فقتل ١٥٠٨
لو كان المأمور رجلا حرا ١٥٠٩

باب ما يجب فيه القصاص فيبطل بحق أو بغير حق ويجب مكانه مال وما لا يجب ١٥١٠

مَن عليه القصاص في الطرف، إذا قضي بطرفة حقا عليه يتقوّم عليه، ويغرم أرش الطرف في ماله، وإن فات طرفه من غير أن يقضى حقا عليه لا يتقوم، ولا يغرم شيئا. ١٥١٠
مَن عليه القصاص في النفس إذا قضي بنفسه ١٥١٠
رجل قطع يمينَ رجل عمدا، ، ثم قطعت يد القاطع في سرقة، أو قصاص لآخر ١٥١٠
لو قطع الطريق، وأخذ المال، فقطعت يده ورجله من خلاف ١٥١١
إن قُطعت يدُ القاطع ظلما عمدا أو خطأ ١٥١١
لو أن من عليه القصاص في اليد عَدَا على قوم ليأخذ أموالهم، فضربوه، فانقطعت يده ١٥١٢
لو قتل رجلا عمدا، فدفع إلى وليّ القتيل ليقتله، فضربه، وقطع يده، ثم عفا عن النفس ١٥١٢
لو ارتدّ من عليه القصاص في الطرف ـ والعياذ بالله ـ فقطعت يده بإذن الإمام، أو بغير إذنه، ثم أسلم المرتدّ، ١٥١٣
لو قطع الطريق، وقتل، ولم يأخذ المال، فأمر الإمام بقتله، فضربه رجل وقطع يده ١٥١٣
لو زنى وهو محصن، فأمر الإمام برجمه، فقطع رجل يده ١٥١٣
لو أن الذي عليه القصاص في الطرف قَطَعَ الطريق، وأَخَذَ المالَ، وقَتَلَ، ١٥١٣
إن قطع يده ورجله، ثم قتله، وترك مالا، ١٥١٣
لو رأى الإمام أن يقتله، ولا يقطع يده ورجله، فأمر بذلك، فقطع رجل يده، ١٥١٤
مرتدّ قطع يد رجل عمدا فقتل بالردّة، أو قطعت يده، ١٥١٤
لو قطع يميني رجلين عمدا، ثم ارتدّ ـ والعياذ بالله ـ فقتل بالردّة، ١٥١٤
لو قطعت يمينه لأحدهما ثم قتل بالردّة، كان للثاني الذي لم تقطع يده دية كاملة ١٥١٤

لو سرق قبل الردّة، ثم ارتدّ، - والعياذ بالله - فقَطَعَ الإمام يدَه في السرقة ١٥١٤
رجل قتل رجلا عمدا، فقتل ظلما أو حدّا، أو رجما أو قصاصا برجل آخر، ١٥١٥

باب من الورثة والموصى له الذي يدّعي بعضهم القتلَ عمدا
وبعضهم خطأ ويدعي بعضهم شركة بعض ١٥١٦
الباب على أصول: الإقرار حجة في حق المقرّ، فيعامَل بإقراره كأنَّ ما أقرّ به حق. ١٥١٦
الحق يختلف باختلاف السبب. ١٥١٦
الموصى له بالثلث لا حقّ له في القصاص، وله الحق إذا انقلب مالا، ١٥١٦
رجل مات عن ابنين، وأوصى لرجل بثلث ماله، فأقام أحد الابنين البينةَ أن فلانا قتل أباه عمدا،
وأقام الآخر البينة أن فلانا آخر قتله خطأ ١٥١٦
المسألة بعد ذلك على وجوه ١٥١٧
فإن صدّق مدّعي الخطأ، ١٥١٧
ويقضى لمدّعي العمد على المشهود عليه بالعمد ١٥١٧
ولو كان الموصى له صدّق مدّعي العمد ١٥١٨
لو قال الموصى له: أدري قتل عمدا أو خطأ ١٥١٩
رجل قال لغيره: لك عليّ ألف درهم، فقال المقرّ له: لا أدري ١٥١٩
لو قال: لي على فلان ألف، وأنت شاهد به، فقال الشاهد: لا أدري ثم شهد بعد ذلك ١٥١٩
لو كان مكان الموصى له ابن آخر، والمسألة بحالها ١٥١٩
لو ادّعيا العمد والخطأ على رجل لا عاقلة له، فقبض أحدهما ١٥٢٠
لو ادعيا جراحةً لا يستطاع فيها القصاص، وأرشها دون أرش الموضحة، فإن ادّعى
أحدهما أنه كان عمدا، وبرأ، ثم مات، وادّعى الآخر أنه كان خطأ ١٥٢١

كتاب الوصايا ١٥٢٦

باب الولد يدّعيه الرجلان ما يجوز لأحدهما عليه

وما لا يجوزمن البيع والشراء وغيره ١٥٢٦

الباب على أصول : الاستواء فى الحجّة يوجب الاستواء فى الاستحقاق ١٥٢٧

الوصيّ يتصرف بحكم التفويض، وانتقال ولاية الموصي إليه ١٥٢٧

أحد الوصيّين لا ينفرد بالتصرف عند أبى حنيفة ومحمدإلا فى أشياء معدودة : ١٥٢٨

عند أبى يوسف ينفرد أحد الوصيين بالتصرف فى كل شيئ ١٥٢٨

وصيّ الأب مقدم على الجدّ عندنا ١٥٢٩

وصيّ الأم لا يملك التصرف عندنا، خلافا للشافعي . ١٥٣٠

جارية بين رجلين جاءت بولد، فادّعياه، ثبت النسب منهما، ١٥٣١

الانخلاق أمر باطن لا يمكن الوقوف عليه ١٥٣١

أحكام النسب على نوعين ١٥٣٢

لو أنهما أعتقا الجارية، واكتسبت أكسابا، ثم ماتت، ورثها هذا الولد. ١٥٣٢

إن أوصت إلى رجل، كانت الوصاية فى مال الولد حفظا وتصرفا للأبوين دون وصيّ الأم، ١٥٣٢

إن باع وصيّ الأم شيأ من التركة لاينفذ بيعه حال حضرة الوالدين ١٥٣٢

ان كانا غائبين جاز بيع وصيّ الأم في المنقول دون العقار ١٥٣٢

لو كان أُحد الوالدين حاضرا دون الآخر لا يجوز بيع وصيّ الأم في العقار ١٥٣٤

ينفرد أحدهما بالخصومة عن الصغير فيما يدعى له و يدعى عليه، ١٥٣٥

ما ينفرد به أحد الوصيّين ينفرد به أحد الأبوين، ١٥٣٦

ينفرد بالتزويج أيضا، ١٥٣٦

لا ينفرد أحدهما بالبيع والشراء والقسمة ١٥٣٦

إن مات أحد الأبوين، وترك مالا، وأوصى إلى رجل، ١٥٣٧

لو مات الوالد الباقي، وترك مالا، وأوصى إلى رجل ١٥٣٧

لو كان الوالد الأول مات، وترك أبا ١٥٣٨
لو مات هذا الوصيّ، وأوصى إلى غيره كان وصيّه أولى ١٥٣٨
لو مات الوالد الثاني ولم يدَع وصيّا، والوالد الأول كان أوصى إلى رجل، وترك أبا، ١٥٣٨
لو مات الوالدان أحدهما بعد صاحبه، وترك كل واحد منهما أبا، وأوصى إلى غيره ١٥٣٨
لو مات الوالد الثاني، ولم يوص إلى غيره، أو مات وصيّه ولم يوص إلى غيره ١٥٣٩
ينفرد أحد الأبوين بقبول الهبة وقبضها ١٥٣٩
لو وهب لهذا الغلام هبة في حق الوالدين، فقبل أحدهما، صحّ قبوله ١٥٣٩
لو وهب له أحد الأبوين شيأ، وأعلم، وأشهد ١٥٤٠
لو مات الوالدان معا، أو أحدهما قبل صاحبه، ولا يدرى أيهما مات أولا، وأوصى كل واحد
منهما إلى رجل ١٥٤٠
إذا مات رجل، وأوصى إلى رجلين، فمات أحدهما ١٥٤٠
لو جنّ أحد الأبوين جنونا مُطبقا كانت الولاية للآخر ١٥٤١
لو كان يجنّ ويفيق، لا ينفرد الآخر بالتصرف ١٥٤٢

باب ما يجوز من وصيّة المسلم والذمّي والكافر وما يتقرّب به إلى الله تعالى وما لا يجوز ١٥٤٣

جعل المسلم دارَه مسجدا جائز لازم إذا تمّ شرطه، وكذلك الوقف ١٥٤٣
تصرف المسلم، والذمي، والمرتد، وكل ذلك على وجوه ثلاثة: إما أن يكون في الصحة،
أو في المرض، أو مضافا إلى ما بعد الموت. ١٥٤٤
مسلم جعل داره مسجدا في صحته جاز، ولو مات لا تورث عنه ١٥٤٤
لا يصح شرط الخيار في المسجد بخلاف الوقف ١٥٤٤
إن خرب ما حول المسجد، وأستغنى الناس عنه ١٥٤٥
لو بسَط حصيرا، أو حشيشا في المسجد، أو علق قنديلا، ثم استغنى الناس عنه، ١٥٤٦
لو كفن ميتا ثم افترسه سبع ١٥٤٦
إذا جعل السفل مسجدا دون العلو، أو العلو دون السفل، أو جعل وسطَ داره مسجدا، ١٥٤٧

جعل مسجدا تحته سِرْداب ١٥٤٨
لو صار الثلث مسجدا دون الثلثين، واحتيج إلى المهاياة يكون مسجدا يوما، ويومين إصطبلا، ١٥٤٨
لو جعل الكل مسجدا ثم استحق منه جزء من ألف جزء، ١٥٤٨
المريض إذا وهب داره، وليس له مال غيرها، ولم تجز الورثة ١٥٤٨
ذمّي جعل داره بيعة، أو كنيسة، ، أو بيت نار في صحته، ثم مات ١٥٥٠
لو قال: "أزلت ملكي عن هذه العين"، أو "برئت عن هذا العين" ١٥٥٠
إن أوصى الذمي بوصيّة فنقول: وصايا الذمي على أنوا ١٥٥١
إن أوصى بشيء من المعاملات جاز عند الكل ١٥٥١
إن أوصى بما هو من جنس القرب، فهو على وجوه أربعة: ١٥٥١
إن أوصى بما هو قربة عندنا وعندهم كالصدقات، وعتق الرقاب وأن تغزى الترك والدَيلَم من ثلث ماله، وهو من الروم ١٥٥١
إذا أوصى بما هو معصية عند الكل، كالوصيّة للنائحة، والزانية والمغنية، ١٥٥٢
إذا أوصى بما هو طاعة عندنا معصية عندهم، كالوصيّة ببناء المسجد، أو إسراج المسجد، ١٥٥٢
إذا أوصى بما هو معصية عندنا طاعة عندهم، كالوصيّة ببناء البيعة والكنيسة، وبيت النار، ١٥٥٣
الوصيّة أوسع بابا من غيرها، يتحمّل فيها ما لا يتحمل في غيرها ١٥٥٤
المسلم إذا وقف داره ثم مات تورث عنه ١٥٥٤
تبنى الأحكام على ما يظهرون لا على ما يضمرون، ١٥٥٤
لو أن رجلا دخل في بعض هذه الأهواء فأوصى بوصايا، فحكمه حكم المسلم، ١٥٥٥
لو أن مسلما ارتدّ إلى النصرانية أو إلى اليهودية، فأوصى بوصايا ١٥٥٥
المرتدة إذا أوصت بشيء ١٥٥٦

باب من الكفارات في الحج إذا حجّ الرجل عن الرجل ١٥٥٧

الدماء التي تجب في الحج أنواع أربعة: ١٥٥٧
رجل أمر رجلا بأن يحج عنه، أو أوصى بذلك، ومات، فاحجّوا عنه رجلا، فأحرم المأمور، ثم أحصر بعدوّ أو مرض، ١٥٥٩
لو أن المأمور بالحج أحرم، ووقف بعرفة، ثم منعه سلطان أو غيره عن الوقوف بمزدلفة، ١٥٦٢

لو حلق رأسه وهو نائم، أو طيب وهو نائم، ١٥٦٢
المريض إذا صلى قاعدا ثم برأ ١٥٦٣
المقيّد إذا صلى قاعدا ثم رفع عنه القيد ١٥٦٣
الحاج لو كان امرأة، فحجت عن امرأة، فجومعت مكرَهةً قبل الوقو ١٥٦٣
لو مرض الحاج فطاف بالبيت راكبا، أو محمولا، أو زحف للطواف زحفا، ١٥٦٣
لو أغمي عليه، فأوقفوه بعرفة، ورمى عنه الجمار، أو رُمِي بذلك من كفه، وهو مغمى عليه، ١٥٦٤
لو طاف وهو على غير وضوء، أو جنبا ولا يعلم به ١٥٦٥

باب من الوصايا بالبيع والثلث مع ذلك والرقبة ١٥٦٦

يسمى هذا الباب «باب العروس» ١٥٦٦
جمع في الباب بين فصلين:
الوصيّة ببيع ليس فيه محاباة، والثاني: الوصيّة ببيع فيه محاباة، وضمّ إلى كل فصل ثلاث مسائل
الوصيّة بالرقبة، الوصيّة بالمال، والوصيّة بثلث المال. ١٥٦٦
الباب على أصول ثلاثة: ١٥٦٦
الوصيّة متى بطلت فيما زاد على الثلث بردّ الورثة، ١٥٦٦
الوصيّة ببيع ليس فيه محاباة لا تتوقف على إجازة الورثة، وإن استغرقت المال ١٥٦٧
الوصيّة بألفين إذا بطلت في شيء منه باستحقاق أو نحوه تبطل أصلا، وإن لم تبطل لكن تعذّر
تنفيذها لفوات العين، فإن فاتت العين إلى بدل ينفذ في بدلها تنفيذا للوصيّة بقدر الإمكان. ١٥٦٧
رجل مات، وترك عبدا قيمته ألف درهم لا مال له غيره، وقد أوصى بأن يباع من فلان بألف درهم،
وأوصى برقبته لآخر، وكانت الوصيّة بالرقبة قبل الوصيّة أو بعدها. ١٥٦٨
إذا أوصى برقبة عبده لإنسان، فقتل العبد خطأ، ووجبت القيمة، ١٥٦٩
لو بيع العبد الموصى برقبته لقضاء دين الميت، ثم أبرأ الغرماءُ الميتَ عن دَينهم ١٥٦٩
الوصيّة متى بطلت لا تتحول إلى البدل ١٥٧٠
إن أوصى بأن يباع عبده من فلان بألف درهم، وأوصى بجميع ماله لآخر، وأبت الورثة أن يجيزوا ١٥٧١
الفصل الثاني: وهو ما إذا أوصى ببيع فيه محاباة: صورته: إذا أوصى بأن يباع عبده من فلان بمائة
وقيمته ألف لا مال له غير العبد، فهذه على وجوه ثلاثة: ١٥٧٣

إذا أوصى برقبة العبد لآخر، أو بجميع ماله، أو بثلث ماله. ١٥٧٣
لو أوصى بأن يباع العبد من فلان بمائة درهم، و أوصى بجميع ماله لآخر، وأبت الورثة أن يجيزوا، ١٥٧٤
إذا أوصى بالبيع بمائة، وبثلث ماله لآخر ١٥٧٩
لو أوصى بعبده لإنسان، وهو يخرج من الثلث ١٥٧٩
رجل أوصى بأن يباع عبده من فلان بألف درهم، وقيمته ألف درهم، وأوصى لآخر بثلث ماله،
وأبت الورثة أن يجيزوا، ١٥٨٠
إذا ترك ألفي درهم سوى العبد حتى يكون ماله ثلاثة آلاف ١٥٨٠
ولو أوصى بأن يباع العبد من فلان بخمسمائة، وقيمته ألف، فلم تجز الورثة، ١٥٨٠

باب الوصية التي تكون لواحد ثم تصير لاثنين أو تصير وصيتين ١٥٨٢

الوصية بالعين تتعدّى إلى ما يحدث من الزوائد بعد موت الموصي قبل القسمة، ١٥٨٢
الوصية بفعل يثبت ملك العين للموصى له نحوَ الوصية بالهبة، والصدقة. ١٥٨٢
الوصية بالمال إذا بنيت على الوصية بفعل مقصود كانت الوصية بالمال تبعا للوصية بالفعل ١٥٨٣
إذا أوصى بجاريته لإنسان ثم مات، فولدت الجارية ولدا، أو وطئت بشبهة، ١٥٨٣
رجل أوصى أن تعتق جاريته هذه بعد موته بمال أو بغير مال، ثم مات الموصي، فولدت
الجارية ولدا قبل الإعتاق، والجارية مع ولدها يخرجان من الثلث ١٥٨٥
لو أوصى بأن يباع من فلان بكذا، أو أوصى بأن يباع من فلان نسمة، ١٥٨٥
لو قطع عبد يدها، ودفع بها، أو وطئها رجل بالشبهة، ووجب العقر ١٥٨٦
لو وطئت وهي بكر، تحطّ حصة البكارة من الثمن، وتباع الجارية بما بقي ١٥٨٦
لو ذهبت عينها أو يدها بآفة سماوية ١٥٨٦
إذا أوصى بأن توهب جاريته من فلان، أو يتصدق بها على فلان، أو يتصدق بها على
المساكين، ومات الموصي، ثم ولدت الجارية ولدًا ١٥٨٧
الجارية الجانية إذا ولدت ولدا، ثم دفعت بالجناية ١٥٨٨
إذا ولدت المغصوبة ولدا، واكتسبت أكسابا، ووهب لها هبة، وقطعت يدها، وغرم القاطع
أرش اليد الأرش، ووطئت بالشبهة، وغرم العقر، ثم ماتت، ١٥٨٩
الغاصب إذا أجر المغصوب كانت الأجرة ١٥٩٠

لو نذر أن يتصدق بجاريته على المساكين فولدت ولدا، ١٥٩٠
لو أوصى بأن تباع جاريته، ويتصدق بثمنها على المساكين، أو قال: على فلان فولدت بعد موت الموصى ١٥٩١
لو قال: لله عليّ أن أبيع هذه الجارية، وأتصدق بثمنها على المساكين". فقتلها عبد، فدفع بها ١٥٩٢
لو قال: "لله عليّ أن أبيع هذه الجارية، وأتصدق بثمنها على المساكين" فباعها بعشرة، وقيمتها ألف ١٥٩٢
لو أوصى بأن تباع جاريته من فلان، ويتصدق بثمنها على المساكين، فردّ الموصى له بالبيع البيعَ،
أو أبَت الجارية أن تقبل ١٥٩٢
لو قتلت الجارية بعد موت الموصى، وغرم القاتل قيمتها، أو قتلها عبد، ودفع بها ١٥٩٣
رجل أوصى لرجل بشاة من غنمه، فماتت غنمه أو باعها، ثم مات المُوصي ١٥٩٤
لو ولدت غنمه، فللورثة أن يعطوا، إن شاؤا من الأمهات، وإن شاؤا من الأولاد، ١٥٩٤
ما حدث من الزوائد قبل موت الموصي كالصوف والولد المنفصل يكون للورثة؛ ١٥٩٤
ما استهلكه الوارث من زيادة حصلت بعد موت الموصي ١٥٩٤
لو قال: "أوصيت بشاة من غنمي هذه"، فماتت غنمه ١٥٩٤
لو هلكت الأغنام إلا واحدة ١٥٩٥
لو هلكت الأغنام كلها، وتركت أولادا حدثت بعد موت الموصي ١٥٩٥
إذا أوصى بثلث غنمه، أو بشاة من غنمه، تتعلق الوصية بالموجود وقت الوصية حتى لو هلكت
تلك الغنم، أو لم يكن له غنم وقت الوصية ١٥٩٥

باب الوصية لذوي الأرحام وأهل البيت والأصهار والأختان والجيران ١٥٩٦

الباب على أصول ثلاثة ١٥٩٦
حقائق الأسماء تعرف من أهل اللغة، وقول "محمد" فيه حجة؛ ١٥٩٦
ترك الحقيقة بالعرف جائز، ١٥٩٧
ما أختلف أصحابنا رحمهم الله فيه ١٥٩٧
في الباب خمسة فصول: ١٥٩٧
الأول: إذا أوصى بثلث ماله لأقربائه أو لذوي قرابته: ١٥٩٧
الجنس إذا ذكر بلفظ الجمع لا يعتبر فيه الجمع ١٥٩٩
لو مات، وترك ولدا يحوز ميراثه، وأوصى بهذه الوصية، وترك عمّين وخالين ١٦٠٥

إن ترك عماً واحدا وخالين ١٦٠٥
إن ترك عما وعمة، وخالا وخالة ١٦٠٦
لو أوصى لقرابته، أو لذوي قرابته، أو لذي نسبه ١٦٠٦
لو أوصى لذوي قرابته، أو لأقربائه، أو لأنسابه، أو لأرحامه الأقرب فالأقرب، ١٦٠٧
الفصل الثاني: إذا أوصى لأهل بيته، أو لجنسه، أو لآله ١٦٠٨
لو أوصت امرأة لأهل بيتها أو لآ لها أو لجنسها ١٦٠٩
الفصل الثالث: إذا أوصى بثلث ماله لأهله أو لأهل فلان: ١٦٠٩
إن كانت له امرأتان، إحداهما بالكوفة، والأخرى بالبصرة، مع كل واحدة في منزلها ولد
من غير زوجها، وزوجها ينفق عليهم، ١٦١١
الفصل الرابع: إذا أوصى بثلث ماله لأختانه أو لأصهاره: ١٦١١
"الأصهار" كل ذي رحم محرم من امرأته فهو صهره ١٦١٢
الفصل الخامس: إذا أوصى لجيرانه فالوصية في القياس للجيران المتلازقين ١٦١٤
الوصية لأهل مسجده، يستوى فيه الساكن، والمالك، والاقرب، والأبعد، والمسلم، والكافر،
والصبي، والمرأة، والحر ١٦١٥
الجار المطلق من تكون له الشفعة ١٦١٥
كل من لا يستحق الشفعةَ لا يكون جارا، والشفعة تتعلق بالجوار المتلازق ١٦١٦

باب الوصية بمثل نصيب أحد الورثة إلا ثلث ما يبقى من الثلث ١٦١٨

الباب على أصول: الوصية بمثل نصيب أحد الورثة جائز، وبنصيب أحد الورثة باطل؛ ١٦١٨
كل عدد لو زدتَ عليه مثل نصفه، كان الزائد ثلث الجملة، ولو زدت عليه مثلَ ثلثه،
كان الزائد رُبع الجملة. ١٦١٩
إذا تكلم بالوصية، واستثنى شيئا متردّدا على قول عامة الحُسّاب لا ينقص من الوصية إلا القدر المتيقّن ١٦١٩
في الباب فصول ثلاثة: ١٦١٩
الفصل الأول: رجل مات، وترك ثلاثة بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما يبقى
من الثلث بعد النصيب ١٦١٩
لتخريج هذه المسئلة طرق: ١٦١٩

الفصل الثاني:

إذا أوصى بمثل نصيب أحد بنيه إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية الحاصلة، ١٦٢٥

الفصل الثالث:

إذا أوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما يبقى من الثلث ولم يزد عليه. ١٦٢٩

أراد "بعامة الحُسّاب" أبا يوسف والحسن بن زياد وغيرهما، ممن كان معروفا بالحُسّاب من أصحاب أبي حنيفة ١٦٢٩

رجل قال: "لفلان عليّ ألف إلا مائة أو خمسون" كان عليه تسعمائة وخمسين ١٦٣٠

لمحمد في المسألة وجهان: ١٦٣١

أحدهما: أن الاستثناء ليس بإخراج بطريق المعارضة، لأن ذلك جمع بين الدليلين المتنافيين ١٦٣١

الاستثناء تكلّم بالباقي بعد الثُّنيا بطريق البيان، وإنما يكون بيانا إذا لم يكن ثابتا من الأصل ١٦٣٢

"الألف" لو بقيت ألفا لا تصلح اسما لما دونها ١٦٣٢

الرجوع عن الإقرار باطل ١٦٣٣

الكلام مع الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، فالشك في الاستثناء يكون شكا في الإيجاب ١٦٣٣

إذا تمكّنت الجهالة في الواجب، لا يجب إلا المتيقن ١٦٣٣

الدليل على أن الاستثناء تكلّم بالباقي ١٦٣٣

لو مات، وترك خمسة بنين، وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما يبقى من الثلث وربعه، وهذه المسألة أيضا على وجوه ثلاثة: ١٦٣٨

باب الوصية تكون لواحد وقد سمّي معه غيره وما يكون له نصفها ١٦٤٥

الباب على أصلين: الوصية بالثلث، أو بعَين من أعيان ماله إذا وقعت لإثنين أو لجماعة بكلمة توجب التبعيض بينهم، يقتصر على البعض ولا يتكامل، وإن زالت المزاحمة، حتى لا يستحق الواحد منهم كل الثلث ١٦٤٥

إيجاب البعض لا يكون إيجابا للكل ١٦٤٥

بطلان حق أحدهما بعد الثبوت لا يوجب زيادة في حق الآخر ١٦٤٥

جهالة الموصى له تمنع صحة الوصية ١٦٤٦

القبول من المجهول ممتنع ١٦٤٦

إن كان الموصى له معيّنا وقت الوصية، كانت الوصية إيجابا وقت وجودها ١٦٤٦

إن لم يكن معيّنا وقت الوصية، وتعيّن عند الموت صحّت الوصية، وتعتبر إيجابا عند الموت ١٦٤٦
لو أوصى بثلث ماله، ولا مال له، ثم ملك مالا قبل الموت صحت الوصية ١٦٤٦
رجل قال: "أوصيت بثلث مالي لفلان وفلان"، أو قال: "لفلان ولفلان"، وأحدهما ميّت، ١٦٤٧
لو قال: "ثلث مالي لفلان وفلان"، وهما حيان، فمات أحدهما قبل موت الموصي ١٦٤٨
لو أوصى لوارثه ولأجنبي، كان للأجنبي نصف الثلث ١٦٤٨
لو قال: "ثلث مالي بين فلان وفلان"، وأحدهما ميّت ١٦٤٩
لو قال: "ثلث مالي بين فلان، وبين هذا الحائط" ١٦٤٩
كلمة "بين" في الأصل للتنصيف ١٦٤٩
لو قال: "ثلث مالي بين فلان"، ولم يزد عليه، كان لفلان نصف الثلث ١٦٤٩
لو قال لامرأتين له: "بينكما تطليقان"، يقع على كل واحدة واحدة ١٦٤٩
الوصية إذا وقعت بكلمة التبعيض لا يتكامل ١٦٤٩
لو قال: "ثلث مالي لفلان ولعَقِبه"، كان لفلان كل الثلث ١٦٥٠
لو قال: "ثلث مالي بين فلان وبين عقبه" ١٦٥٠
لو قال: "ثلث مالي لفلان ولولد عبدالله"، فمات ولد عبد الله قبل موت الموصي ١٦٥٠
لو قال عند موته: "ثلث مالي لفلان ولولد عبد الله"، ولعبد الله عشرة أولاد ١٦٥١
لو قال: "ثلث مالي لفلان ولمن كان في هذا البيت"، ولم يكن في البيت أحد ١٦٥١
لو قال: "ثلث مالي لفلان ولفقراء ولد عبد الله" فمات الموصي، وليس في ولد عبد الله فقير، أو كانوا فقراء وقت الوصية ١٦٥١
لو كان فيهم فقراء عند الوصية، فاستغنوا، وافتقر قوم آخرون ١٦٥١
لو قال: "ثلث مالي لفلان ولأولاد عبد الله هؤلاء" فمات أولاد عبد الله ١٦٥١
لو قال: ثلث مالي لفلان وفلان ابن عبد الله إن متّ وهو فقير، فمات الموصي وفلان بن عبد الله غني ١٦٥١
لو قال: "ثلث مالي لفلان ولعبد الله إن كان عبد الله في هذا البيت"، ولم يكن عبد الله في البيت ١٦٥٢
لو قال: "ثلث مالي لفلان ولعبد الله إن كان عبد الله حيا"، فإذا عبد الله كان ميّتا قبل ذلك ١٦٥٢
الحياة شرط صحة الإيجاب، فيراعى وجودها وقت الإيجاب ١٦٥٢
لو قال: "ثلث مالي لفلان ولعبد الله إن متّ وهو حيّ"، فمات عبد الله بعد ذلك قبل موت الموصي ١٦٥٢
لو قال: "ثلث مالي لفلان ولمن افتقر من ولد عبد الله"، فمات الموصي، وولد عبد الله كلهم أغنياء ١٦٥٣

لو افتقر بعضهم ثم مات الموصي ١٦٥٣
إن مات الموصي وولد عبد الله فقراء من الأصل لم يزالوا كذلك ١٦٥٣
المقصود من هذه الوصية التقرب إلى الله تعالى بسَدّ خلّة المحتاج ١٦٥٣
الفقر بعد الغنى أشدّ من الفقر الأصلي ١٦٥٣
إن مات أولاد عبد الله، ثم ولد له أولاد، فاستغنوا، ثم افتقروا قبل موت الموصي ١٦٥٣
لو قال: "ثلث مالي لفلان، ولولد عبد الله هؤلاء إن افتقروا" فلم يفتقروا حتى مات الموصي ١٦٥٤
لو قال: "ثلث مالي لفلان ولمن يولد لفلان مادام فلان حيا" فمات الموصي ١٦٥٤
لو قال: "ثلث مالي بين أعمامي وأخوالي"، وله عمّ واحد، وخال واحد ١٦٥٤
لو قال: "ثلث مالي لأخوي"، وله أخ واحد، وهو يعلم بذلك أو لا يعلم ١٦٥٤
لو قال: "ثلث مالي لأخي هذا"، أو "لأخي الآخر"، فإذا أحدهما ميت ١٦٥٤
لو قال: "ثلث مالي بين بني فلان وبني فلان ولأحدهما ثلاثة بنين وللآخر ابن واحد، ١٦٥٥
باب من الوصايا التي تتغيّر عما أوصى بها ١٦٥٦
الرجوع عن الوصية صحيح ١٦٥٦
الرجوع كما يكون بالصريح، يكون بطريق الضرورة، وبطريق الدلالة ١٦٥٦
رجل أوصى لرجل بما في نخله من الكُفَرّي، فصار بُسرا قبل موت الموصي، ١٦٥٧
لو قال: أوصيت لك بهذا البسر، فصار رطبا قبل موت الموصي، ١٦٥٨
إذا باع كفري على أنه بالخيار لشهرين ١٦٥٩
البيع بشرط الخيار سبب في الحال ١٦٥٩
لو اشترى عبدا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، أو عصيرا، فقتل العبد، وتخلّل العصير قبل سقوط الخيار ١٦٥٩
لو أوصى بعبد أو عصير، فقتل العبد قبل موت الموصي، وتخلل العصير ١٦٥٩
لو أوصى ببسر صغار، فكبرت قبل موت الموصي ١٦٥٩
لو أوصى بحمل، فصار كبشا قبل موت الموصي ١٦٥٩
لو أوصى بالرطب، فصار تمرا قبل موت الموصي ١٦٦٠
أوصيت لك بهذا العنب، فصار زبيبا قبل موت الموصي ١٦٦٠
المعالجة والإعداد للحاجة دلالة الرجوع، ١٦٦١
لو أوصى ببقل، فصار حبا، أو بقَصيل، فانعقد الحب، وصار شعيرا، أو ببَيض، فحضنت عليه

الدجاجة، وأخرجت فرخا ١٦٦١
لو أوصى بحنطة في أرض، فأصابها ماء فنبتت، ١٦٦١
ما يبطل به التوكيل بالبيع، تبطل به الوصية، وما لا فلا، ١٦٦١
لو حدثت الزيادة بعد موت الموصي، تدخل الزيادة في الوصية. ١٦٦٢
إن حصل التغيّر قبل القسمة، ١٦٦٢
لو أوصى بالكفري، فصار الكفري رطبا، بعد موت الموصي، قبل القسمة، ولم يخرج من الثلث،
حتى ردّ البعض على الورثة ١٦٦٣
لو أوصى ببُسر، فصار بعضه رطبا قبل موت الموصي، وبقي البعض بسرا، كان لكل بعض حكم نفسه ١٦٦٣
لو قال: أوصيت لك بهذا البسر، وفيها رطبة أو رطبتان، ١٦٦٣
لو حلف لا يشتري رطبا، فاشترى كبَاسَة بُسر، فيها رطبة أو رطبتان ١٦٦٣

باب من الوصايا التي تقع للموصى له بعد غيره من الوصايا
وما يصدّق فيه وما لا يصدق ١٦٦٤

في الباب فصول خمسة: الوصية بدَين مجهول، وإعتاق عبد لا يعلم قيمته، والإقرار بدين مجهول،
والبيان إذا اتصل بهذا المجهول، وإذا كان على الميت دين مجهول القدر. ١٦٦٤
من أنكر حقا لم يعرف ثبوته، كان القول قوله؛ ١٦٦٤
من ادّعى بطلان حق عرف ثبوته، لا يقبل قوله إلا بحجة؛ ١٦٦٤
رجل أوصى لآخر بما عليه من الدين، وأوصى لآخر بما بقي من ثلث ماله، ثم مات، وترك ألفي
درهم عينا، فقالت الورثة: ... ١٦٦٥
لا يقبل قول الغريم في ذلك ١٦٦٥
يقبل قول الغريم في رفع الاستحقاق عن نفسه، لا في إثبات حق على الغير ١٦٦٥
لو قال الغريم: لم يكن عليّ دين أصلا، وصدّقه الموصى له ببقية الثلث ١٦٦٦
لو قسّموا العين، ثم خرج الدين ١٦٦٨
لو أوصى لغريمه بما عليه من الدين، وهو مفلس، وأوصى لآخر بثلث ماله، وكان الوصية بالألف
ثم اختلفوا في قدر الدين ١٦٦٨

رجل أعتق في مرضه عبدا، وأوصى لآخر بما بقي من الثلث، فمات، وترك ألفي درهم عين، ومات العبد قبل أن تعلم قيمته ١٦٧٠

إن أقام الموصى له البينة أن القيمة كانت خمسمائة، ١٦٧١

لو مات ولم يوص بما بقي من الثلث، لكنه أوصى بثلث ماله لآخر ١٦٧١

لو كان المولى لم يوص لأحد، ولكنه أعتق عبدا آخر له في مرضه، قيمته ألف درهم، ثم مات، وترك ألفي درهم عين، ومات أحد العبدين، ولايدرى قيمته، ١٦٧٢

الفصل الثالث: رجل عليه دين، فأوصى لرجل بثلث ماله، أو بأن يعتق عبد بعينه، فقالت الورثة بعد موته: الدين على الميت ألف درهم، وصدّقهم صاحب الدين، وقال الموصى له: لا بل هو مائة ١٦٧٣

الفصل الرابع: رجل أوصى لرجل بما بقي من ثلث ماله، وقال: لفلان عليّ دين، فصدّقوه، أولا يقول:

إذا قال المريض: لفلان عليّ دين فصدقوه. ١٦٧٤

الفصل الخامس: رجل قال: لي على فلان خمسمائة درهم، ليس عليه غيرها، فأوصيت له بمالي عليه، وأوصيت لفلان بما بقي من الثلث، ثم مات، وترك ألفي درهم عين، ١٦٧٥

لو قال: "ليس لي على فلان شيئ" ١٦٧٦

باب الوصايا بمثل نصيب ابنه إلا مثل نصيب ابن آخر أو إلا نصيب ابن آخر لو كان ١٦٧٨

في الباب فصول أربعة: الاستثناء المنفرد، والاستثناء المتكرّر، والوصية المفردة، والوصية المتعددة. ١٦٧٨

والاستثناء أنواع ثلاثة: صحيح، وباطل، ومبطل. ١٦٧٨

الباب على أصلين: الوصية بمثل نصيب الابن جائزة، وبنصيب الابن باطلة.

الاستثناء إذا ورد على غير ما تلفّظ به يصح، وإن ورد على عين ما تلفّظ به لا يصح ١٦٧٨

إذا ورد الاستثناء على عين ما تلفّظ به، كان استثناء الكل، ١٦٧٩

الكلام لا يحتمل الإلغاء ١٦٧٩

لو قال: "أوصيت لفلان بمالي إلا مالي ١٦٨٠

لو قال: "أوصيت لفلان بمالي إلا ألف درهم" ١٦٨٠

لو قال: "نسائي طوالق إلا نسائي" ١٦٨٠

لو قال: "عبيدي أحرار إلا عبيدي"، ١٦٨١

لو قال: "عبيدي أحرار إلا فلان" وليس له غيرهم، ١٦٨١

رجل مات، وترك ابنا، ولا وارث له غيره، وأوصى لرجل بمثل نصيب ابنه إلا مثل نصيب ابن آخر، ١٦٨١
لتخريج هذه المسئلة طرق: ١٦٨١
لو أوصى بمثل نصيب بنيه إلا نصيب أحدهم، ١٦٨٦
لو أوصى بمثل نصيبه إلا نصيب ابن ثالث لو كان، أو مثل نصيب ابن ثالث لو كان، ١٦٨٧
لتخريج هذه المسئلة طرق: ١٦٨
لو ترك ثلاثة بنين، وأوصى لرجل بمثل نصيب بنيه جميعا، إلا مثل نصيب أحدهم، ١٦٨٩
مات، وترك ابنين، وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهما إلا نصيب ابن ثالث لو كان، ١٦٩٠
لتخريج هذه المسئلة طرق: ١٦٩٠
الفصل الثاني: جمع في هذا الفصل بين الاستثناء الباطل، والمبطل، والاستثناء الصحيح. ١٦٩٣
رجل له ابن واحد، أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه، إلا مثل نصيب ابنه، ١٦٩٣
الاستثناء ليس برجوع وضعا ١٦٩٤
يصح استثناء البعض فيما لا يحتمل الرجوع ١٦٩٤
إذا مات، وترك أربعة بنين، وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث المال، ١٦٩٥
رجل له ابن واحد، وأوصى لرجل بنصف ماله إلا مثل بنصيب ابنه، ١٦٩٥
رجل له ابن واحد، أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه إلا نصف المال ١٦٩٦
لو ترك ابنا واحدا، وأوصى لرجل بنصف المال إلا نصيب ابن ثالث ١٦٩٧
لو أوصى بنصف ماله إلا نصيب ابن رابع، أو مثل نصيب ابن رابع، لو كان البنون أربعة، فأوصى
بنصف المال إلا نصيب أحد بنيه ١٦٩٩
الفصل الثالث: وهو الوصية المتعددة:
رجل مات، وترك ابنين، وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهما إلا مثل نصيب ابن ثالث، أو قال
إلا نصيب ابن ثالث، وأوصى لرجل آخر بثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية الحاصلة، ١٧٠٠
لتخريج هذه المسئلة طرق: ١٧٠٠
لو كان البنون ثمانية، كان النصيان بينهم أثمانا ١٧٢٣
لو قسمنا بين ثمانية، كان لكل ابن أربعة مثل ما استرجعنا ١٧٢٤
لو قال: "إلا نصيب ابن تاسع"، والمسألة بحالها، ١٧٢٤
لو قال: "إلا نصيب ابن عاشر"، ١٧٢٩

لتخريج هذه المسئلة طرق: ١٧٢٩
رجل قال: "أوصيت لفلان بثلث مالي إلا ثلث مالي ١٧٣٢
لوْ قال: "إلا ثلث مالي يردّ على ورثتي" ١٧٣٣
أوصى بثلث ماله، ثم قال: "ردّوا ثلث مالي على ورثتي" كان ذلك رجوعا، ١٧٣٣
لو قال: "أوصيت لفلان بثلث مالي إلا ثلث مالي يردّ على فلان بن فلان ١٧٣٣
لو قال: "أوصيت لفلان بثلث مالي إلا نصف مالي"، ولم يذكر في ذلك ردًّا وغيره ١٧٣٤
لو مات، وترك ابنا، وأوصى لرجل بمثل نصيب ابنه إلا مثل نصيب ابن آخر لو كان، ١٧٣٤
إذا ترك الرجل ابنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهما إلا نصيب ابن ثالث لو كان،
وإلا ثلث ما يبقى من الثل ١٧٣٥
لتخريج هذه المسئلة طرق: ١٧٣٥
الفصل الثاني:
رجل مات، وترك ابنين، وأوصى لرجل مثل نصيب أحدهما إلا نصيب ابن رابع لو كان وإلا ثلث ما يبقى من الثلث، ١٧٤٢
لتخريج هذه المسئلة طرق: ١٧٤٢

باب من الوصايا التي يوصى بها لبعض الورثة فتجوز بغير إجازة ولقاتل أو غيره ١٧٤٧
الباب على أصول: ١٧٤٧
الوصية بالثلث المطلق تنصرف إلى الثلث الذي هو خالص حق الميت، لا إلى الثلث الشائع تنفيذا للوصية، كبيع أحد الشريكين النصف أو الثلث، ينصرف إلى ما هو حقه تنفيذا لتصرفه. ١٧٤٧
الوصية بقدر الثلث تقدم على الميراث، حتى لا يعتبر ذلك القدر من التركة، ١٧٤٧
من لا وارث له يملك الوصية بجميع ماله ١٧٤٨
الوصية للوارث لا تعمل من غير إجازة الورثة، قلّت الورثة أو كثرت؛ ١٧٤٩
الوصية بالمال للقاتل المكلف لا تعمل قبل الإجازة عندنا ١٧٥٠
وقال أبو يوسف: لا تعمل الوصية للقاتل أصلا. ١٧٥١
الوصايا إذا اجتمعت بدئ بالأقوى؛ لأن الأدنى لا يزاحم الأقوى ١٧٥٣
الوصية إذا بطلت لوصية فوقها، تبطل ضربا واستحقاقا عند الكل، وإذا بطلت فيما زاد على

الثلث لحق الوارث، فكذلك في قول أبي حنيفة تبطل أصلا، وعند أبي يوسف ومحمد تبطل
استحقاقا، ولا تبطل ضربا ١٧٥٣
امرأة ماتت، وتركت زوجا لا وارث لها سواه، وأوصت بنصف مالها لأجنبي، ١٧٥٤
فهذه المسألة على وجوه ثلاثة ١٧٥٤
إذا أوصت لقاتلها بنصف المال، والمسألة بحالها ١٧٥٤
إذا أوصت بنصف مالها لزوجها، فالمال كله للزوج، ١٧٥٥
لو تركت عبدين قيمتهما سواء، وأوصت لزوجها بأحدهما بعينه، ١٧٥٥
لو باع المريض جميع ماله من الأجنبي بمثل القيمة يجوز ١٧٥٦
ولو مات الرجل، وترك امرأة لا وارث له غيرها بأن كان رجلا من أهل الحرب أسلم ولم يوال أحدا، أو كان
لقيطا لا يعرف له نسب، فأوصى بجميع ماله لأجنبي، وللمرأة بالجميع أيضا ١٧٥٦
أن رجلا لو مات، ولم يدع وارثا، وترك مالا كثيرا وعبدا قيمته أقلّ من الثلث، وأوصى بالعبد لأجنبي ليس
بقاتل وأوصى بجميع ماله لقاتله، وبألف درهم لقاتل له آخر ١٧٥٨
رجل أعتق في مرضه عبدا، وأوصى مع ذلك بوصايا، وأوصى بجميع ماله أيضا لرجل، ١٧٥٨
لو أوصى لامرأته بنصف ماله، و أوصى لأجنبي بنصف ماله، أو أوصى لهما بجميع ماله بينهما، ١٧٥٩
إن أجازت المرأة وصية الأجنبي، يكون المال بينهما نصفين، ١٧٦٠
لو أوصى لهما بثلثي المال بينهما ولم يجيزا ١٧٦٠
لو أوصى لهما بخمسة أسداس ماله بينهما، ١٧٦١
لو ماتت المرأة، وتركت زوجا لا وارث لها غيره، وأوصت لزوجها ولأجنبي بجميع مالها، ١٧٦١
لو ترك ابنا، وأوصى لرجل بثلث ماله، وأوصى لآخر بثلث ماله، فلم يجز الابن وصيتهما ١٧٦٢
إذا قتل رجل لا وارث له، وأوصى لقاتله بجميع ماله، ولأجنبي بجميع ماله، ١٧٦٢
مات وترك أما وبنتا، أو عمة، أو مولى عتاقة ،أو موالاة، وأوصى لأجنبي بجميع ماله ١٧٦٢
ترك امرأة لا وارث له غيرها، وترك عبدين قيمة كل واحد ثلثمائة وأوصى للمرأة بأحد هما بعين ١٧٦٣
الوصية للأجنبي أقوى من الوصية للوارث ١٧٦٤
لو مات الرجل، ، وأوصى بأحدهما لأجنبي، وأوصى بالآخر للمرأة، وليس له وارث غيرها ١٧٦٥
تركت زوجا لا وارث لها غيره، وتركت عبدين قيمتهما سواء، وأقرّت بأحدهما بعينه
لزوجها في مرض الموت، وصدقها الزوج ١٧٦٧

لو أقرّت بأحد العبدين بعينه لقاتلها عمدا، وقد عفت عنه ١٧٦٧
تركت زوجا لا وارث لها غيره، وأوصت لأجنبي بثلثي مالها، ولقاتلها بثلثي مالها ١٧٦٨
امرأة قتلها زوجها عمدا فعفت عنه، وأوصت بنصف مالها لأجنبي ١٧٦٩
لو قتلها زوجها ولها ابن، فقال الابن أجزت أن يرث الزوج القاتل معي ١٧٦٩
امرأة قتلت عمدا، وعفت عن قاتلها، وتركت عبدا قيمته ألف درهم، وزوجا لا وارث لها غيره، وأوصت بأن يباع العبد من قاتلها بمائة درهم، وأبى الزوج أن يجيز ١٧٦٩
لو باع المريض من وارثه بمثل القيمة أو أوصى بأن يباع منه ١٧٧١
لو أوصت بأن يباع العبد من زوجها بمائة درهم ١٧٧١
لو أوصت بأن يباع نصف العبد من قاتلها بخمسين درهما ١٧٧٢
لو أوصت بأن يباع العبد من قاتلها بمائة درهم، فإن أبى الزوج أن يجيز ١٧٧٣
لو أوصت بأن يباع كل العبد من أجنبي بمائة درهم، فلم يجز الزوج ١٧٧٤
لو أوصت بأن يباع نصف العبد من أجنبي بمائة ١٧٧٤
رجل أعتق عبدا له في مرض موته، وأوصى بوصايا ١٧٧٤

باب الوصية بنصيب ابن لو كان، أو بمثل نصيب ابن فيجيز الورثة أو لا يجيزون أو يجيزها بعضهم ١٧٧٦
الوصية بنصيب الوارث المعدوم جائزة، ويكون ذكر نصيبه لتقدير الوصية. ١٧٧٦
في الباب فصول سبعة ١٧٧٦
الفصل الأول: رجل مات وترك ابنا وأما، وأوصى لرجل بنصيب ابنة لو كانت، ١٧٧٦
رجل مات وترك ابنتين وعما، وأوصى لرجل بنصيب ابنة لو كانت، ١٧٧٧
الفصل الثاني: رجل مات عن امرأة وابن، وأوصى الرجل بنصيب ابن آخر لو كان وأجازت الورثة، ١٧٧٨
لو ترك امرأة وابنا، وأوصى لرجل بمثل نصيبه ١٧٧٩
لو كان له ابنان، وأوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بنصيب ابن ثالث لو كان، وأبت الورثة ١٧٧٩
لو أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بمثل ابن ثالث لو كان، ولم تجز الورثة ١٧٨٠
لو مات وترك بنتا وأخا، وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان، وأجازا وصيته، ١٧٨٢

ولو ترك بنتا وأخا، وأوصى لرجل بمثل نصيب ابن لو كان، فأجازا ١٧٨٢
لو ترك أخا وأختا، وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان، وأجازا، ١٧٨٣
لو أوصى له بمثل نصيب ابن لو كان، وأجازا، ١٧٨٣
لو ترك بنتا وأختا وأوصى لرجل بنصيب ابنة لو كانت، وأجازا أو لم يجيزا ١٧٨٣
لو مات وترك أبا وابنا، وأوصى لرجل بنصيب ابن آخر لو كان، أو بمثل نصيب ابنة، فإن أجازا، ١٧٨٤
لو أنه ترك ابنين، وأوصى لرجل بمثل نصيبهما، فإن أجازا ١٧٨٦
إن مات الرجل، وترك ابنين، وأوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصيب ابن ثالث ١٧٨٦
رجل ترك ابنين، وأوصى لرجل بنصف ماله، ولآخر بمثل نصيب أحد الابنين، ولم تجز الورثة، ١٧٨٨
لو أوصى لرجل بمثل نصيب أحد الابنين، ولآخر بمثل نصيب الآخر، فإن أجازا، ١٧٨٨

باب الوصية بالخدمة والغلة والولد وما يكون رجوعا ومالايكون ١٧٩٠

بنى الباب على أصلين: العام فيما يتناوله بمنزلة الخاص. ١٧٩٠
من أوصى لرجل بعين وخصّ بشيء منه غيره، فإن كان ذلك الشيء من أجزاء العين، وكان التخصيص متصلا بصدر الكلام كان العين للأول وللثاني ما دخل في التخصيص. ١٧٩٠
في الباب فصلان: الأول: فيما كان من جملة الأجزاء تناوله صدر الكلام صيغة. ١٧٩٢
الثاني: فيما إذا كان من المنافع. ١٧٩٢
الفصل الأول: رجل قال: أوصيت بهذه الدار لفلان وبنيانها لفلان الآخر، ١٧٩٢
اسم الخاتم يتناول الحلقة والفَصّ جميعا، واسم الجارية يتناولها بجميع أجزائه ١٧٩٣
تخصيص العام صحيح بشرط الوصل ١٧٩٣
لو بدأ بالبناء ونحوه، وثنّى بالأصل بأن قال: أوصيت بهذا البناء لفلان، ١٧٩٤
أوصيت بهذه الدار، وبهذه الجارية، ، ثم قال من الغد: قد أوصيت ببناء هذه الدار لفلان، ١٧٩٤
لو أوصى بالدار أو بالجارية أو بالخاتم أو بالقَوصرة، واستثنى البناء والولد والفَص ١٧٩٥
الفصل الثاني: لو قال أوصيت بهذه الجارية لفلان وبخدمتها لآخر، أو بهذه الدار لفلان وبسكناها لآخر، أو بهذا العبد لفلان وبغلته لآخر، وصل أم فصل ١٧٩٥
لو أوصى بالدار ونحوها، واستثنى السكنى والغلة والخدمة والثمرة، لا يصح الاستثناء ١٧٩٦
الموصى له بالخدمة والغلة والسكنى والثمرة، لو ردّ وصيته، أو مات قبل الاستيفاء ١٧٩٧

كتاب الكفالة ١٧٩٨

باب الكفالة والحوالة والرهن فيها من المتطوع وغير ذلك ١٧٩٨

بنى الباب على أصلين: ضمان الرهن يبقى ببقاء القبض، ١٧٩٨

الحوالة توجب براءة المحيل بشرط السلامة، وإذا توى ما على المحتال عليه، يرجع المحتال له على المحيل بدينه عندنا. ١٧٩٨

التوى عند أبي حنيفة يكون بطريقين: ١٧٩٩

رجل له على رجل ألف درهم، فأحاله بها على رجل، وأعطاه للمحتال عليه كفيلا بالمال حالاً، ثم مات المحتال عليه مفلسا، ١٧٩٩

المكاتب إذا مات، وترك ولدا وُلِدَ في الكتابة ١٨٠٠

لو أن المحتال عليه لم يعط كفيلا بالمال، ولكن استعار من رجل عينا ليرهنه بدين المحتال له ورهنه، ١٨٠٠

إن ابتداء الكفالة بشرط براءة الأصيل جائزة، وتكون حوالة ١٨٠٢

لو أضاف الكفالة إلى حال هلاك الدين على الأصيل، ١٨٠٢

الرهن بدون الدين لا يتصور ١٨٠٢

لو رهن شيأ بدينه على أن يبرئه من الدين، ١٨٠٢

لو مات المديون وبدينه رهن، أو ترك مالا، لا يسقط الدين ١٨٠٢

لو مات ولم يدع شيئا، ولا رهنا، لا تصح الكفالة عند أبي حنيفة ١٨٠٢

براءة المديون عن الدين، تبطل الرهن ١٨٠٣

المديون لو رهن بدينه رهنا، ثم أحاله بالدين على رجل، ١٨٠٣

لو جاء المحيل بالدين، أجبر الطالب على القبول ١٨٠٥

إذا بطل الرهن بموت المحتال عليه مفلسا ١٨٠٦

لو قضى الراهن دين المرتهن، ثم هلك الرهن عند المرتهن ١٨٠٦

إذا أبرأ المرتهن الراهن عن الدين، ثم هلك الرهن في يده قبل الرد ١٨٠٦

الإبراء أسقط الدين من كل وجه ١٨٠٧

إذا هلك الرهن بالدين، قال: ينظر، إن كان الراهن مقطوعا في الرهن، ١٨٠٧

لو أن المحتال عليه أعطى لصاحب الدين كفيلا بالمال، ثم أخّر صاحب الدين الكفيل سنة، ١٨٠٨
صاحب الدين لو أبرأ المحتال عليه على أن يأخذ منه كفيلا بالمال إلى سنة، ثم مات المحتال عليه مفلسا ١٨٠٨

باب من قضاء الدين الذي يكون من المال كله أو من بعضه ١٨٠٩

بنى الباب على أن المملك إذا عين جهة التمليك عند التمليك، إن كان التعيين مفيدا ١٨٠٩
رجل له على رجل ألف درهم من قرْض أو غيره، فكفل رجل بنصف المال، ١٨٠٩
لو رهن بكل خمسمائة رهنا على حدة، فأدى خمسمائة، وقال: "هذا من هذا الرهن" ١٨٠٩
لو كفل رجل بنصف المال لا غير، فأدى الأصيل خمسمائة، وقال أديت هذا عن الكفالة، ١٨١٠
لو كان الألف من ثمن بيع، فأخره البائع بنصفه، فكفل كفيل بالنصف الحال، ١٨١٠
لو كان المال مفرقا في الأصل، وكفل بكل مال كفيل على حدة، ١٨١٠
لو كان على رجلين، ألف درهم من قرض أو بيع، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه، ١٨١٠
رجل له على رجل ألف درهم، كفل بها رجلان على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، ١٨١١
رجل كاتب عبدين له، كتابة واحدة، على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، ١٨١٢
في الكتابة لا يجتمع الإصالة والكفالة في واحد ١٨١٢
لو أن البائع أخّر أحد المشتريين سنة بما عليه خاصة، دون صاحبه، فأدى هذا المشترى بعد التأخير ١٨١٣
ولو وقع البيع على أحدهما بعينه إلى سنة، والكفالة حالّة، فأدى قبل حلول الأجل ١٨١٣
ولواشتريا شيئا بألف، وكفل أحدهما عن صاحبه، ولم يكفل الآخر عنه، فأدى الكفيل شيئا، ١٨١٤
رجل له على آخر ألفا درهم، فكفل عنه رجل بألف درهم، ثم إن الطالب أحال رجلا على المطلوب ١٨١٤
رجل عليه ألف درهم من كفالة، وألف من ثمن بيع، فجاء بالألف، وقال: أأديها من الكفالة، ١٨١٤
إن قبض الألف، ولم يقل شيئا، ١٨١٥

باب فيما يرجع المحتال عليه و فيما لا يرجع وفيما يبطل عن المحتال عليه وفيما لا يبطل ١٨١٦

الأصل أن الحوالة نوعان: مقيدة، ومطلق كلاهما جائزة ١٨١٦
حكم الحوالة براءة المحيل عن الدين ١٨١٧

الحوالة لا توجب براءة المحيل ١٨١٨
رجل له على رجل ألف وللمديون على رجل آخر ألف ، فأحال المديون صاحب دينه على غريمه ١٨١٨
دين غرماء المحيل يتعلق بمال المحيل ١٨١٨
تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل، ، ١٨١٩
ثبوت اليد على ما ذمة الغير لايتصور. ١٨١٩
لو قيد الحوالة بألف كانت وديعة ١٨٢٠
إن مات المحيل يؤخذ ذلك المال من المحتال عليه ١٨٢١
لو قال المحتال عليه : "ضاعت الوديعة عندي" ، وحلف، ١٨٢١
لو أحال على مديونه، أو على مودعه حوالة مطلقة ١٨٢٢
لو لم يكن على المحتال عليه دين، ١٨٢٢
لو أبرأ المحتال له المحتال عليه، لا يرجع المحتال عليه على المحيل ١٨٢٢
إن أخذ المحيل ماله على المحتال عليه، ثم استوفى المحتال دينه من المحتال عليه ١٨٢٣
لو كفل بالدرك، ثم لحقه الدرك في المرض ١٨٢٤
لو مات المحتال عليه مفلسا، ١٨٢٤
إذا ادعى ميراثا وإقام البينة ولم يقل الشهود أنهم لا يعلمون له وارثا آخر، ولم يذكروا عدد الورثة ١٨٢٤
الجهالة اليسيرة تتحمل في الكفالة ١٨٢٥
رجل مات وعليه ديون، وأحد الغرماء غائب، فعلم القاضي بذلك، ١٨٢٥
الفصل الثاني: لو كانت الحوالة بألف كانت للمحيل على المحتال عليه، ١٨٢٥
لو وهب المحتال له مال الحوالة للمحتال عليه، جازت الهبة، ١٨٢٦
الهبة تمليك لو أضيفت إلى العين تفيد ملك العين ١٨٢٦
لو لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين أو كانت الحوالة مطلقة ووهب المحتال له المال للمحتال عليه ١٨٢٦
لو أضيف إلى العين، لا يكون تمليكا للعين، ١٨٢٧
لو لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين، إذا كانت الحوالة مطلقة، فأبرأ المحتال له المحتال عليه، ١٨٢٧
لو كان مكان الحوالة كفالة بأمر الأصيل، فأبرأ الكفيل، ١٨٢٧
لو وهب الكفيل، أو مات الطالب، وورثه الكفيل، رجع الكفيل على الأصيل؛ ١٨٢٧
الكفالة والحوالة سواء إلا في خصلة واحدة، ١٨٢٨

لو أبرأ الكفيل لا يبرأ الأصيل سواء كانت الكفالة مطلقة أو مقيدة بالمال الذي كان للأصيل على الكفيل ١٨٢٨
الكفالة التزام للمطالبة بما على الأصيل، ١٨٢٨
الحوالة نقل الدين إلى ذمة المحتال عليه، فكان براء المحتال عليه إسقاطا لأصل الدين ١٨٢٨
رجل له على رجل ألف درهم، فاحتال بها الطالب على رجل آخر ١٨٢٨
إن مات المحتال له، وورثه الأصيل، ١٨٢٩
إذا كانت الحوالة بأمر الأصيل، فمات المحتال له، وورثه الأصيل، ١٨٢٩
الأداء إلى الوارث يكون بمنزلة الأداء إلى المورث ١٨٢٩
لو أدى المحتال عليه المال إلى المحتال له، ١٨٢٩
إذا كانت الحوالة بغير أمر الأصيل، لو أدى المحتال عليه المال إلى المحتال ١٨٢٩
لو كان مكان الحوالة كفالة بغير أمر الأصيل ١٨٣٠
إن وهب الطالب المال للكفيل، أو للأصيل، أو مات الطالب وورثه الكفيل أو الأصيل ١٨٣٠
لو ملك ما في ذمته بالأداء، لا يرجع على الأصيل، وبرئ الأصيل، ١٨٣٠
إذا مات الطالب، وورثه الأصيل، أو وهب المال له ١٨٣١
براءة الأصيل توجب براءة الكفيل ١٨٣١
مكاتب أحال مولاه على رجل بمكاتبته، ١٨٣١
إن أحاله المكاتب على رجل عليه دين للمحيل، أو عين في يده، فإن أطلق الحوالة ١٨٣٢

كتاب المضاربة ١٨٣٢

إذا صار مال المضاربة دينا على الناس، وليس في المال ربح، وامتنع المضارب عن التقاضي ١٨٣٢
إن هلكت الوديعة التي تقيدت بها الحوالة ١٨٣٣
العتق بعد وقوعه لايحتمل الانتقاض. ١٨٣٣
لو أدى بدل الكتابة فاستحق المؤدى، أو رد بعيب الزيافة، ١٨٣٣
لو كان المولى هو الذي أحال غريما من غرمائه على المكاتب، إن أطلق الحوالة ولم يقيدها ببدل الكتابة ١٨٣٣
قبول الحوالة المطلقة تبرع، والمكاتب ليس من أهل التبرع، ١٨٣٤
إن قيد الحوالة ببدل الكتابة صحت ١٨٣٤

لو مات المولى، وعليه ديون، ١٨٣٤
لو باع المكاتب من مولاه عبد المكاتبة، جاز ويعتق، ١٨٣٤
لو كان المولى قبض العبد من المكاتب، ثم استحق من يده ١٨٣٥
لو كاتب أم ولده، وأحال عليها ببدل الكتابة غريما له، ثم مات، ١٨٣٥
لو باع عبدا، أو أحال على المشتري بالثمن غريما له، ثم انفسخ بيع العبد بينهما ١٨٣٦
إذا مات المحيل بالحوالة المقيدة مفلسا، وعليه ديون ١٨٣٦
لو كانت الحوالة مقيدة بالوديعة، والغصب، فاستحقت الوديعة والغصب، أو هلكت الوديعة ١٨٣٦
إذا مات المغصوب في يد الغاصب، فأقر الغاصب أنه كان اغتصبه من فلان ١٨٣٨
لو وهب المقضى له للغاصب ألفا أخرى سوى المقبوض ١٨٣٨
لو مات المقضى له، فورث الغاصب منه ألفا أخرى غير المقبوض، ١٨٣٨
لو أوصى المقضى له للغاصب بألف من ماله، غير ما أخذ منه ١٨٣٩
الفصل الرابع:
رجل عليه ألف لرجل، وللمديون على رجل (آخر) ألف درهم، فأحال المديون الأول صاحب دينه ١٨٣٩
الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها ١٨٣٩
المريض إذا تزوج امرأة، وأوفاها مهرها، ثم مات، وعليه ديون ١٨٤٠
لو كانت الحوالة مقيدة بوديعة كانت للمحيل عند المحتال عليه ١٨٤١
من هذا الجنس مسائل: الوكيل بقضاء الدين إذا أمسك دراهم الموكل وقضى الدين من مال نفسه،
والوكيل بالشراء، والوكيل بالانفاق على العيال إذا أمسك مال الموكل ونقد الثمن وأنفق من مال نفسه ١٨٤٢
الفصل الخامس: رجل باع عبدا بألف درهم حالة، كان له أن يحبسه بالثمن، فإن أحال البائع غريما ١٨٤٣
البائع إذا أحاله على المشتري بالثمن ١٨٤٤
المحتال له قابض دين نفسه، فلا يصلح نائبا عن غيره، ١٨٤٤
بطلان حق الحبس في البيع متعلق بسقوط المطالبة عن المشتري. ١٨٤٥
لو أحال المرتهن غريما له على الراهن حوالة مقيدة بالدين ١٨٤٥
لو مات المحتال عليه مفلسا ١٨٤٦
الساقط لا يحتمل العود ١٨٤٦
يأخذ المال من المحيل إذا مات المحال عليه مفلسا ١٨٤٧

باب من الكفالة التي تتحوّل إلى القيمة أو تبقى على الكفيل أو المكفول عنه
بغير قيمة من الخمر وغيرها ١٨٤٩
بنى الباب على أن الكفيل بأمر في حق الأصيل بمنزلة المقرض وفي حق الطالب بمنزلة المستقرض ١٨٤٩
والقرض مضمون بالمثل بمنزلة المغصوب ١٨٤٩
نصراني أقرض نصرانيا خمرا، ثم أسلم المقرض بطل الخمر أصلا، ولا ينتقل إلى القيمة؛ ١٨٤٩
الديون تقضى بأمثالها ١٨٤٩
لو أسلم المستقرض معه أو بعده ١٨٤٩
إن أسلم المستقرض وحده ١٨٥٠
لو كان الخمر دينا عليه بغصب، ١٨٥٠
ضمان الغصب يفيد الملك في المضمون ١٨٥١
الفصل الثاني: نصراني اشترى من نصراني شيئا بخمر، فأسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض، ١٨٥١
نصراني أقرض نصرانيا خمرا، وكفل نصراني بأمر المستقرض، ثم أسلم أحدهم، فهو على وجوه ١٨٥٢
إن أخذ الطالب قيمة الخمر من المستقرض، برئ الكفيل والأصيل جميعاً ١٨٥٤
إن أسلم الكفيل وحده، فللمقرض الخيار ١٨٥٥
إن أسلم المستقرض بعد إسلام الكفيل، كان للمقرض أن يأخذ أيهما شاء بقيمة الخمر ١٨٥٦
إن أسلم المستقرض والكفيل معا، فكذلك الجواب ١٨٥٦
إن أسلم المقرض بعدهما، كان له أن يأخذ القيمة من أيهما شاء ١٨٥٧
إن أسلم المستقرض ثم المقرض، بطل حق المقرض عن الكفيل أصلا ١٨٥٧
نصراني خالع امرأتيه النصرانيتين على ألف رطل من خمر في الذمة ١٨٥٧
الخلع لا يحتمل الانفساخ؛ لأنه طلاق ١٨٥٨
لو خلع امرأته على عين، فهلك العين قبل القبض، لا يبطل الخلع ١٨٥٨
الفرق بين القرض وبين الخلع، ١٨٥٨
الكفالة عقد يحتمل الفسخ ١٨٦٠
نصرانيان عليهما دم عمد لنصراني، فصالحهما ولي القتيل على خمر معلوم ١٨٦٣

الفصل الرابع : نصراني كاتب عبدبن نصرانيين له ، على ألف رطل من خمر كتابة واحدة ١٨٦٤
الكتابة عقد يحتمل الفسخ بمنزلة البيع ١٨٦٦
الكتابة تشبه الخلع والبيع ؛ لأنها معاوضة ١٨٦٦
دين مشترك بين رجلين صالح أحدهما من حصته على ثوب ١٨٦٨
القضاء بمنزلة الصلح ١٨٦٩

باب الكفالة التي تكفل بها الرجل عن صاحبه ثم تكفل بعد ذلك كل واحد منهما عن صاحبه ١٨٧٢

بنى الباب على أصلين : ١٨٧٢
القول في بيان جهة التمليك ، قول المملك ما لم يؤدّ إلى الدور . ١٨٧٢
الكفالة إذا تكررت ، واختلف حكمها ، يؤخذ بالثانية ١٨٧٢
رجل عليه ألف لرجل من بيع ، ، فكفل عنه بها رجلان بأمره ، ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه ١٨٧٢
الكفالة شرعت للتوثق ، وكثرة الكفلاء تزيد في التوثق ١٨٧٣
إن لم يؤد أحدهما شيئا ، حتى لقي الطالب أحد الكفيلين ، فأخذه حتى كفل عنه ١٨٧٣
الكفالة التزام المطالبة ، فتستدعي توجه المطالبة على المكفول عنه بما كفل ١٨٧٤
إن أدى شيئا ، ثم قال عند الأداء أو بعده : "أديته عن الأصيل أو عن شريكي" ١٨٧٤
إن لم يؤد شيئا حتى لقي الطالب الكفيل الآخر ، فكفل له عن شريكه بماله ١٨٧٤
إن لم يؤد أحدهما شيئا حتى لقيهما الطالب مع الأصيل ، فكفل الثلاثة بعضهم عن بعض ١٨٧٥
إن لقي الطالب أحد الكفيلين ، وأخذ منه شيئا ، كان هذا الكفيل بالخيار ١٨٧٦
الاستواء في الكفالة يوجب الاستواء في الغرم ١٨٧٧
براءة الأصيل يوجب براءة الكفيل ١٨٧٨
إذا كفل عن الأصيل بألف ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه ، ثم أدى أحدهما شيئا ١٨٧٨
إن لم يؤد أحد الكفيلين شيئا ولكن الطالب أخذ المال من الأصيل ، لم يرجع الأصيل على الكفيل ١٨٧٩
لو لم يؤد أحدهم شيئا حتى أبرأ الطالب أحد الكفيلين عن جميع المال ١٨٧٩
إن أبرأ الطالب الأصيل ، برئا جميعا ؛ لأنهما كفيلان عن الأصيل ١٨٨٠
لو كفل رجل عن رجل بألف ، ثم كفل رجل آخر عن الأصيل ١٨٨٠

صحة الكفالة تعتمد قيام الدين على المكفول عنه ١٨٨٠
إن لم يؤد أحدهما شيئا حتى أخذهما الطالب، فاعطياه كفيلا بجميع المال، جاز؛ ١٨٨٠
إن لم يؤد الثالث شيئا حتى لقيه الطالب والكفيلين الأولين، فجعلهم كفلا بعضهم عن بعض ١٨٨١
إن أدى أحد الأولين كل المال ١٨٨٢
إن لم يؤد أحدهم حتى لقي الطالب الكفلاء والذي عليه والأصيل، فكفل بعضهم عن بعض ١٨٨٣
كفالة الأصيل عن الكفلا جائزة، ١٨٨٣
إذا انتقض بهذه الكفالة ما كان قبلها، صار كثلاثة كفلوا عن رجل بألف بأمره على أن بعضهم كفلاء
عن بعض ١٨٨٤

باب من الحوالة التي تحتال بها على الكفيل أو على الأصيل ١٨٨٥

بنى الباب على أصول: ١٨٨٥
الحوالة توجب براءة المحيل عندنا بشرط السلامة. ١٨٨٥
تأجيل الأصيل يكون تأجيل الكفيل، وتأجيل الكفيل لا يكون تأجيلا للأصيل ١٨٨٥
الكفيل بأمر يرجع على الأصيل ليخلصه، ١٨٨٥
رجل عليه ألف لرجل، وكفل بها رجل بأمر الأصيل، فأحال الطالب غريما له على الكفيل بألف ١٨٨٥
لو أحال على الأصيل حوالة مقيدة بما عليه جاز ١٨٨٦
برئ الكفيل عن مال الكفالة لم يرد به الكفالة المطلقة التي تحصل بالقبض ١٨٨٦
لو مات الكفيل مفلسا، عاد الدين إلى ذمة المحيل ١٨٨٧
إن استوفى المحتال له المال من الكفيل، برئ المكفول عنه ١٨٨٧
إن لم يستوف المال من الكفيل ولكنه طالبه، ١٨٨٨
إن لم يؤد الكفيل شيئا حتى أخذ المحيل ماله من الأصيل، ١٨٨٨
لو أدى المال إلى المحتال له، له أن يرجع على المحيل؛ ١٨٨٩
إذا أدى دين الحوالة قبل أداء الأصيل، لا يرجع على المحيل ١٨٩٠
إن كانت الكفالة بغير أمر الأصيل، ١٨٩٠
إن مات المحيل وعليه ديون، ولم يدع مالا سوى ما على الأصيل ١٨٩١
إن مات الأصيل مفلسا، ولم يمت المحيل، تبطل الحوالة استحسانا ١٨٩١

الكفالة تبقى عن الميت المفلس، وإن كان لا يصح ابتداء في قول أبي حنيفة ١٨٩١
إذا ظهر للميت مال ١٨٩٢
إن ظهر له دين على مفلس فلسه القاضي ١٨٩٢
لو أن القاضي لم يعلم بمال المحتال عليه ١٨٩٢
لو كان المحيل أدى دين المحتال له من غير قضاء، جاز ١٨٩٣
لو مات المحتال عليه مفلسا، فأدى المحيل حق المحتال له، ثم رجع على الكفيل بدينه ١٨٩٣
لو كان لرجل على رجل ألف درهم قرض حالة، فأحال غريما له على المستقرض بما عليه إلى سنة ١٨٩٤
الحاصل أن تقييد الحوالة والكفالة بالمال يوجب الشغل، ولا يزيل عن ملكه ١٨٩٥
الفصل الثاني إذا جمع بين الحوالة على الأصيل والكفيل ١٨٩٥
إن أحال على التعاقب إما إن أحال على الكفيل أولا، ثم أحال على الأصيل ١٨٩٥
إن أحال على الأصيل أولاً ثم على الكفيل ١٨٩٦
الحوالة على الكفيل باطلة على حالها، لا تنقلب جائزة ١٨٩٦
النكاح إذا كان في العدة أو بغير شهود، ثم أشهد الشهود أو انقضى العدة لا ينقلب جائزا ١٨٩٦
إذا تزوج مكاتبة على أمة، ولم يدفع الأمة إليها ١٨٩٧
إذا أحال على الكفيل أولا، ثم إن الطالب أخر ما على الأصيل سنة ١٨٩٧
إذا حبس المحيل لأجل الكفيل، ثم حل الدين على الأصيل ١٨٩٨

كتاب المكاتَب ١٩٣٩

باب ما يجوز فيه أمر المكاتب والذمي والعبد على الولد الصغير في ماله ١٩٣٩

الباب على أصلين: ١٩٣٩
ما يملكه الموصي عند موته يملكه الوصي، وما لا فلا ١٩٣٩
كل تصرف لا مجيز له حال وقوعه لا ينعقد ١٩٣٩
ومسائل الباب على قسمين: قسم في الإيصاء، وقسم في تصرف من هو ناقص الولاية. ١٩٣٩
القسم الأول: مكاتب له ولد صغير حر من امرأة حرة ماتت الأم، وورثها الابن دورا، ١٩٤٠
رجل أوصى إلى رجل، ثم أوصى رجل آخر إلى هذا الموصي، ثم مات الموصي الثاني ١٩٤٢

للموصي أن يشتري للولد الحر ما لا بد للصغير منه من الطعام والكسوة، ١٩٤٢
لو أقر بالدين على ولده المولود في الكتابة ١٩٤٣
القسم الثاني: وهو تصرف من هو ناقص الولاية، ١٩٤٣
المكاتب إذا زوّج عبده امرأة ١٩٤٣
المكاتب إذا وكل رجلا بأن يعتق عبده، ثم أجاز الوكالة بعد ما عتق بأداء البدل، ١٩٤٣
المكاتب إذا أوصى بعين من أعيان ماله، ثم عتق، فأجاز الوصية، ١٩٤٣
التوكيل والوصية الإجازة ثمة جعلت إنشاء، والإنشاء لا يستدعي عقدا قبله. ١٩٤٤
لو وكل المكاتب رجلا بأن يزوج عبده، ١٩٤٤
لو تزوج عبد المكاتب امرأة، ١٩٤٤
لو قال المكاتب للوكيل بعد ما عتق: أجزت وكالتك، فزوّجه الوكيل ١٩٤٤
لو أعتق المكاتب عبده، أو وهب، أو تصدق، أو وكل بذلك وكيلا، ففعل الوكيل ١٩٤٥
لو زوج المكاتب أمته؛ ١٩٤٥
لو أوصى المكاتب بشيء بعينه، ثم عتق ١٩٤٥
الإجازة تستعمل في الإمضاء والإنشاء، فإن أضيفت إلى الموجود، يراد بها الإمضاء، ١٩٤٦
المكاتب لو قال: أعتقوا هذا العبد بعد موتي، أو قال: أعتق هذا العبد عني غدا، ١٩٤٦
لو كان الوكيل أعتقه قبل عتق المكاتب، فقال بعد ما عتق: أجزت ذلك الإعتاق ١٩٤٧
لو أوصى المكاتب بثلث ماله أو رقيقه، فإن مات عن وفاء، كانت الوصية باطلة ١٩٤٧
إذا انصرفت الوصية إلى ما قبل الحرية لا يصح ١٩٤٨
لو قال المكاتب: إذا أعتقت فقد أوصيت بثلث مالي لفلان، ثم أدى بدل الكتابة، وعتق، ثم مات، ١٩٤٨
لو أنه لم يؤدّ بدل الكتابة في حياته، ولكنه مات عن وفاء، فأديت كتابته ١٩٤٨
الفصل الثاني: صبي زوج عبده، أو أعتقه على مال، أو بغير مال، أو وهب هبة، أو تصدق بصدقة ١٩٤٩
لو وكل بذلك وكيلا ففعل الوكيل قبل بلوغه، ١٩٤٩
لو زوج الصبي أمته، أو باع، أو تزوج الصبي امرأة، ثم بلغ، فأجاز، ١٩٤٩
العبد له أهلية كاملة، وقوله ملزم ١٩٥٠
لو أوصى الصبي بثلث ماله لم يجز، كما لو تصدق، وكذا إذا بلغ؛ ١٩٥٠
لو قال الصبي: إذا بلغت فقد أوصيت بثلث مالي لفلان ١٩٥١

الفصل الثالث: العبد إذا تزوج امرأة، أو وكل بذلك وكيلا، فزوجه الوكيل، ثم عتق ١٩٥١
لو وكل العبد المحجور رجلا أن يشتري له عبدا، فاشترى الوكيل بعد ما عتق الموكل مشتريا للموكل ١٩٥١
إن اشترى العبد المحجور شيئا لنفسه، ثم أذن له مولاه ١٩٥١
لو أوصى العبد إلى رجل، وله ولد حر من امرأة حرة قد ماتت، وتركت مالا، فورثها الابن ١٩٥٢
إن كان مولى العبد قال للعبد: إن لم أضربك فأنت حر، ولم يضربه حتى مات العبد ١٩٥٢

باب دعوة المكاتبين الولد وإعتاق المكاتبة المشتركة وتدبير ها واستيلادها
وكتابة العبد المشترك ١٩٥٣
بنى الباب على أصول: ١٩٥٣
الاستواء في سبب الاستحقاق يوجب الاستواء في الاستحقاق. ١٩٥٣
حق الملك يلحق بحقيقة الملك في دعوى النسب احتياطا لأمر النسب. ١٩٥٣
الإعتاق يتجزأ في قول أبي حنيفة، وكذا التدبير والكتابة، ولا يتجزأ في قولهما، واستيلاد الأمة
لا يتجزأ عند الكل، واستيلاد المكاتبة يتجزأ عند أبي حنيفة، وعندهما لا يتجزأ. ١٩٥٣
نصيب أحد الشريكين إذا عتق بصنعه يضمن لشريكه، وإن عتق لا بصنعه لا يضمن؛ ١٩٥٣
إعتاق ولد المكاتب لا يوجب ضمانا، ولا سعاية؛ ١٩٥٣
مكاتَبان بينهما جارية جاءت بولد، فادعياه معا، ١٩٥٣
الولد في الاستيلاد أصل، والأم تبع، وقد حرم بيع الولد، فيحرم بيع الأم. ١٩٥٤
إن أدى أحدهما بدل الكتابة عتق ويعتق معه نصف الولد؛ ١٩٥٤
عند أبي يوسف ومحمد إذا أدى أحدهما عتق، وعتق معه كل الولد؛ ١٩٥٥
إن رفع الأمر إلى القاضي، فقضى بنصف قيمة الجارية لمولى الذي عجز عن الآخر، ١٩٥٧
إن عجز الأول، ولم يقض القاضي على الآخر بشيء من قيمة الجارية حتى عجز الآخر ١٩٥٧
إن لم يؤد أحد المكاتبين شيئا، ولم يعجز حتى مات أحدهما، وترك وفاء وفضلا، ١٩٥٧
حكم الجارية إذا مات الأول عن وفاء ١٩٥٧
إذا بقيت المالية والتقوم، وعتق نصفها بموت المكاتب ١٩٥٨
الأب بعتق ولده لا يستوجب ضمانا ولا سعاية ١٩٥٩

إذا كان الولد مكاتبا معهما، كان سبب عتقه كتابتهما، ١٩٥٩
لو شهد الولد بعد موت المكاتب قبل أداء المكاتبة لا تقبل شهادته ١٩٦٠
عبد وابنه بين رجلين، كاتبهما أحد الموليين بغير إذن شريكه كتابة واحدة، ١٩٦٠
لو كان الولد مكاتبا مع الأب، ثم مات الأب عن وفاء، ثم مات قريب الابن بعد موت الأب، ١٩٦١
الفصل الثاني: مكاتب بين رجلين أعتقه أحدهما ١٩٦١
المريض مرض الموت إذا أعتق مكاتبه ومات وعليه دين مستغرق، وكان على العبد السعاية للغرماء ١٩٦٢
لوأن عبدا بين رجل وبين ابنه، كاتباه على ألف دينار، فأدى الكتابة إلا دينارا، ثم أعتقه الأب ١٩٦٣
شهد رجلان على رجل بإعتاق العبد، ثم رجعا بعد القضاء ١٩٦٤
الفصل الثالث: مكاتب بين اثنين، دبّره أحدهما، ١٩٦٥
الرجل إذا ارتدّ - والعياذ بالله - ولحق بدار الحرب، وترك أموالا وعبدا ١٩٦٥
الفصل الرابع: مكاتبة بين رجلين، ولدت ولدا، فادعاه أحدهما، ١٩٦٦
الفصل الخامس: عبد بين شريكين كاتَب أحدهما نصيبه بإذن الشريك على ألف، ١٩٦٧
لو كاتب أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه على ألف درهم، ١٩٦٨
عبد بين شريكين كاتب أحدهما نصيبه، بغير إذن الشريك على ألف درهم، ثم كاتب الآخر نصيبه، ١٩٧٠
لو حطّ البائع بعض الثمن لا ينفسخ البيع في شيء من المبيع، ١٩٧١
إن أدى البدل إليهما معا عتق، ويكون الولاء بينهم ١٩٧٢
الفصل السادس: مكاتبان لرجلين، كل واحد منهما لرجل، بينهما جارية جاءت بولد، فادعياه، ١٩٧٣
لو كان المكاتبان لرجل واحد ١٩٧٣
وإن كانا لرجل كاتبهما كتابة واحدة، وأديت كتابتهما ١٩٧٤
البنوة لا تتجزأ، فثبتت في حق كل واحد منهما كاملا، ١٩٧٥
إن كانا لرجلين، أو لرجل واحد، وكتابتهما مختلفة، فقتلا معا، وترك كل واحد منهما وفاء ١٩٧٥
الفصل السابع:
مكاتبان لرجل أو لرجلين، وكتابتهما مختلفة، بينهما ولد، فمات أحدهما عن وفاء، ثم قطعت يد الابن،
ثم أديت كتابة الذي مات، ١٩٧٦
الجارية المبيعة إذا ولدت ولدا لأقل من ستة أشهر، وقطعت يده، فادعى البائع نسب الولد، ١٩٧٧
إن قطعت يد الأم بعد ما مات أحدهما عن وفاء، ١٩٧٨

إن قطعت يدها بعدما أديت مكاتبة الميت ١٩٧٨
عبد وابنه بين رجلين، كاتبهما أحد المولين على ألف درهم مكاتبة واحدة بغير إذن الشريك، ١٩٧٩

باب من الدعوة في المكاتبة للولد أمةَ المكاتب وفي ولد مكاتبه قبل عتق المكاتب أو بعده ١٩٨١

الباب على أصلين: ١٩٨١
دعوة الولد فيما له حق التملك يوجب ثبات النسب وحرية الولد، كدعوة الولد في الملك؛ ١٩٨١
المولى في استيلاد جارية المكاتب مغرور ١٩٨٢
في الباب فصول ثلاثة: ١٩٨٢
الفصل الأول: مكاتب اشترى أمة، فحبلت في ملكه، وولدت ولدا، فادعى المولى ولدها ١٩٨٢
المكاتب لو اشترى ابن مولاه لا يعتق، ١٩٨٨
المكاتب إذا اشترى غلامامن السوق، فادعى المولى نسبه، إن كذبه المكاتب ١٩٨٨
الفصل الثاني: في مكاتبة المكاتب ١٩٨٨
رجل اشترى عبدا، وكاتبه، ثم إن المكاتب اشترى أمة، فكاتبها، فجاءت بولد، فادعاه المولى ١٩٨٨
المسئلة بعد ذلك من وجوه ١٩٨٨
لو أدت البدل الكتابة قبل أداء المكاتب ١٩٨٩
لو صدقه المكاتب، وكذبته المكاتبة، ولم يثبت النسب، ثم أدى المكاتب، فعتق، ١٩٩٢
من ادعى صبيا حرا في يد إنسان، وصدقه الذي في يده، ١٩٩٢
إذا قال لعبده: هذا ابني، وانه مجهول النسب، ١٩٩٣
لو أن المكاتب كاتب أمته، ثم أدى المكاتب، بدل الكتابة و عتق، ثم ولدت المكاتبة ولدا، فادعاه المولى ١٩٩٤
إن زعم أنه تزوجها بعد عتق المكاتب، فولدت منه على فراشه ١٩٩٤
إن زعم المولى أنه علق منه بوطئ كان منه قبل عتق المكاتب، ١٩٩٥
الفصل الثالث: مكاتب كاتب أمة له، ثم اشترت المكاتبة أمة، فولدت الأمة ولدا، فادعى مولى المكاتب الولد ١٩٩٦
إن ولدت لأقل من ستة أشهرمنذ اشترتها المكاتبة ١٩٩٧

باب الإقرار بالرق لمكاتبة المكاتب وغير ذلك ١٩٩٩

بنى الباب على أصلين إقرار الإنسان يقتصر عليه ولا يتعدى إلى غيره إلا ما كان من ضرورات المقر به ١٩٩٩

الثابت بحكم الظاهر يجوز إبطاله بدليل أقوى منه ١٩٩٩

مجهول النسب إذا اشترى عبدا فكاتبه، ثم إن المكاتب إشترى أمة، فكاتبها، ١٩٩٩

بطلان الكتابة ليس من ضرورات ثبوت الرق ٢٠٠٠

إن أدى المكاتب بدل الكتابة إلى المجهول هل يعتق؟ ٢٠٠١

مجهولان يقر كل واحد منهما بالرق لصاحبه ٢٠٠٤

باب عدة امرأة المكاتب وأم ولده ٢٠٠٥

بنى الباب : علي أن حق التملك، وهو الملك من وجه يمنع ابتداء النكاح، ولايمنع البقاء ٢٠٠٥

المكاتب إذا اشترى امرأة مولاه، ٢٠٠٥

مكاتب اشترى امرأته ٢٠٠٥

الولد في الكتابة داخل في عقد الكتابة ٢٠٠٦

كتاب السير ٢٠١١

باب ما يصدق فيه الأسير أنه مسلم أو ذمي وما لا يصدق ٢٠١١

العمل بالظاهر واجب ما لم يعارضه دليل فوقه ٢٠١١

السيماء أقوى من المكان، والبينة أقوى من الكل ٢٠١١

الشهادة تردّ بالتهمة، ومن أسباب التهمة الشركة في المشهود به ٢٠١١

سرية بعثها الإمام إلى دار الحرب، فجاؤا بأسارى، فقالت الأسارى : نحن من أهل الإسلام ٢٠١٢

دار الإسلام تمنع ثبوت الأسر، والإستيلاء على من كان فيها؛ لأنها دار عصمة وأمان ٢٠١٢

اللقيط الموجود في دار الإسلام ٢٠١٢

البينة أقوى من الظاهر ٢٠١٤

يشترط الإسلام في الشهود إذا ادعى الأسارى أنهم مسلمون ٢٠١٤
إذا ادعى الأسارى أنهم من أهل الذمة لا يشترط الإسلام في الشهود ٢٠١٤
إن شهد للسرية من له شركة في الغنيمة، لاتقبل شهادته ٢٠١٤
شركة الجند شركة عامة الشركة العامة لا تمنع قبول الشهادة. ٢٠١٤
لو شهد فقيران مسلمان على رجل بسرقة شيء من بيت المال ٢٠١٥
لو شهد مسلمان لمسجد أو طريق العامة، ٢٠١٥
يجوز للقاضي أن يقضي بالغنيمة، وإن كان له شركة في الغنيمة ٢٠١٥
ما لا يمنع القضاء لا يمنع الشهادة ٢٠١٥
دار الحرب دار إباحة وأسر ٢٠١٦
اللقيط الموجود في البيعة والكنيسة ٢٠١٦
لو أقرت المرأة بالنكاح وادعت أنها أخته من الرضاع، وأنكر الرجل، ٢٠١٦
إن لم يكن للأسرى بينة، إلا أن بهم سيما المسلمين، أو علامة من علامات المسلمين ٢٠١٦
السيماء من أسباب المعرفة ٢٠١٧
لو وجد الميت في بيعة أو كنيسة، وعليه سيما المسلمين، ٢٠١٧
لو وجد في المسجد، وعليه علامة الكفار، ٢٠١٧
سيما المسلمين أحد الأشياء الثلاثة: الختان، والخضاب، ولُبس السواد ٢٠١٧
الختان لا يختص بالإسلام، فإن اليهود يختتنون، فترك الختان يختص بالكفار ٢٠٢٠
من علامات الإسلام: قراءة القرآن ٢٠٢٠
من علامات الكفر: شدّ الزُّنّار فوق القباء، أو يكون أبيض الرأس واللحية، وجعل شعره فتائل ٢٠٢٠
لو أن قوما من أهل الحرب دخلوا دار الإسلام مغيرين، فهزمهم المسلمون، ٢٠٢٠
لو دخل طائفة من المسلمين، أو من أهل الذمة قرية من قرى أهل الحرب، فأتاهم المسلمون، فأخذوهم ٢٠٢١
المسلمون لو فتحوا القُسطنطينيّة فمروا بمسجد فيه رجل عليه سيما الإسلام، و صبيان يعلمهم القرآن ٢٠٢١

باب من السير مما يغلب عليه المشركون من أرض المسلمين
ثم يظهر عليهم المسلمون ٢٠٢٢

بنى الباب على أن دارالإسلام تصير دار حرب بإجراء أحكام الكفر فى قول أبى يوسف ومحمد
وعند أبي حنيفة بشرائط ثلاثة : ٢٠٢٢
إذا كانت الدلائل في حد التعارض، يبقى ما كان على ما كان، أو يترجح جانب الإسلام احتياطا ٢٠٢٣
الإسلام يحتاط في إثباته، وإبقائه، والكفر بخلافه ٢٠٢٣
الصغير يصير مسلما بإسلام أحد الأبوين ولا يصير كافرا بردّة أحدهما، ولا بردّتهما ما لم يلحقا به ٢٠٢٤
الأصل عنده: أن ما كان ثابتا لا يزول ما بقي أثر من آثاره ٢٠٢٤
العصير إذا غلى، واشتد ٢٠٢٤
وقت الظهر لا يخرج ما لم يصر ظِلّ كل شئ مثليه ٢٠٢٤
وقت المغرب لا يخرج ما لم يغب البياض ٢٠٢٤
الحكم في الغنائم قبل القسمة مفوض إلى الإمام، وبعد القسمة ينقطع رأيه ٢٠٢٤
في الباب فصول ثلاثة : ٢٠٢٤
الفصل الأول : اذا غلب المشركون على بلدة من بلاد الإسلام، ٢٠٢٥
إن ظهر المسلمون عليهم بعد ذلك فهو على وجوه ثلاثة : ٢٠٢٥
إن أسلم أهلها قبل الظهور عليهم، ٢٠٢٥
الأراضي النامية لا تخلو عن الوظيفة ٢٠٢٦
توظيف الخراج على المسلم ابتداء لا يجوز ٢٠٢٦
الإسلام لا يمنع وجوب العبادة ٢٠٢٦
إن لم يسلموا إلا أنهم صاروا ذمة قبل الظهور عليهم ٢٠٢٦
العشر عبادة من وجه، فلا يليق بالكافر ٢٠٢٦
إن لم يكن شئ من ذلك حتى ظهر المسلمون عليهم، ثم أسلموا، فالإمام بالخيار ٢٠٢٧
الخراج يصرف إلى المقاتلة ٢٠٢٨
إن ظهر المسلمون عليهم، وأبوا أن يسلموا، كان الإمام بالخيار ٢٠٢٨
منفعة الأراضي لا تحصل إلا بالزراعة ٢٠٢٩
وقف الثيران، وآلات الحراثة، لا يجوز مقصودا، ويجوز تبعا للأراضي ٢٠٣١
المسألة الثانية : أهل الذمة إذا نقضوا العهد، وغلبوا على دارهم، أو على بلد من بلاد الإسلام ٢٠٣١
إن ظهر المسلمون عليهم، فحكمهم حكم أهل الحرب ٢٠٣١

الإسلام لا يمنع بقاء الخراج ٢٠٣٣
المسألة الثالثة: إذا ارتدّ قوم من المسلمين، وغلبوا على أراضيهم، أو على بلدة أخرى ٢٠٣٣
إن ظهر المسلمون عليهم، فإنه لا يقبل من رجالهم إلا السيف ٢٠٣٣
نساؤهم وذراريهم في ذلك كنساء مشركي العرب ٢٠٣٥
الصبي بين المسلمين إذا بلغ، ولا يصف الإسلام، فإنه يجبر على الإسلام ٢٠٣٦
إن أراد الإمام أن يقسم النساء والأموال والذراري، دون الأراضي، ٢٠٣٦
إن أسلم أهل الردّة بعد ما ظهر المسلمون عليهم ٢٠٣٦
الإسلام يمنع إبتداء الرق، ولايمنع البقاء ٢٠٣٧
الإمام يملك أن يجعلها خراجية، وإن كان فيه إبطال لحق الفقراء، فيملك أن يجعلها عُشرية ٢٠٣٧
إن رأى أن يجعل من أرضهم ما كانت عشرية عشرية على حالها، وما كانت خراجية خراجية، ٢٠٣٨
الإمام لو أصاب أرضا من أرض الترك، وأرضا من أرض الروم، وأرضا من أرض غيرهم، ٢٠٣٨
لا بأس بالتحويل بأن ينقل إليها قوما آخرين، وينقلهم إلى أرض أخرى بعذر ٢٠٣٨
الأصل في جواز النقل والتحويل بغير رضاهم ما روي عن عمر ٢٠٣٩
إذا ظهر الإمام على عبَدة الأوثان من العرب، فأسلموا قبل القسمة ٢٠٤٠
إذا ظهر الإمام على أهل الحرب ٢٠٤١
لو عجزوا عن زراعة الأراضي، ورأى أن يعطيهم من بيت المال ما يتمكّنون به من الزراعة ٢٠٤١
لو منّ عليهم، وفي أيديهم مال وقت المن، فإن كانوا لا يقوُون على الزراعة إلا بذلك، ٢٠٤١
لو رأى قتل الرجال بعد الإحراز ٢٠٤٢
الفصل الثاني من الباب: إذا ظهر الإمام على بلدة من بلاد أهل الحرب، فطلبوا أن يصيروا ذمة ٢٠٤٣
وضع عمر رضي الله عنه الجزيةَ على ثلاث مراتب ٢٠٤٥
إن أراد الإمام أن يوظف الخراج على الأراضي التي غلب عليها المسلمون، ومنّ بها على أهلها، ٢٠٤٦
أجمعوا على أنه لا يملك الزيادة في الأراضي التي وظفها عمر ٢٠٤٦
إن أراد الإمام أن يزيد على الوظيفة من غير طاقة ٢٠٤٦
إن كانت الأراضي فتحت عنوةً، ثم منّ الإمام بها على أهلها ٢٠٤٧
إذا صالح الإمام أهل دار من هذه الدور التي وصفنا، كل سنة على دراهم معلومة، ٢٠٤٨
إن هلكت الأراضي، وبقيت الجماجم ٢٠٤٩

لو لم تهلك الأراضي، ولكن قلّ ريعها، نقصت حصتها ٢٠٥٠
لو صالحهم الإمام على مال معلوم، على أن يأخذ ذلك من الرؤس خاصة، أو من الأراضي خاصة، ٢٠٥٠
لو أسقطنا الخراج بالإسلام نحتاج إلى وضع وظيفة أخرى، ٢٠٥٤
إن رأى الإمام أن يجعلها عُشرية بعد الإسلام، ليس له ذلك ٢٠٥٤
خراج الأرض لا يسقط بالإسلام، ٢٠٥٤
لو لم يسلم أهل الدار ولكن حوّلهم الإمام عن دارهم بعذر، ونقل إلى دارهم قوما مسلمين ٢٠٥٥
إذا غلب أهل الحرب على بلدة من بلاد الإسلام وصارت دارَ حرب ثم ظهر الإمام عليهم ٢٠٥٥
إن أسلموا قبل ظهور الإسلام عليهم، أو قبلوا الذمة قبل الظهور الإمام عليهم، ٢٠٥٦
الفصل الثالث: صاحب أرض الخراج إذا عجز عن زراعة الأرض وأداء الخراج، أجّرها الإمام ممن يقوى على الزراعة، ويأخذ الخراج من الأجرة ٢٠٥٧

باب النزول على الحكم ٢٠٥٩

بنى الباب على أصلين: الصلح على المجهول باطل ٢٠٥٩
حكم الحكم إذا خالف حكم الشرع لا ينفذ، ٢٠٥٩
في الباب فصلان: النزول على حكم الله تعالى، والثاني النزول على حكَم فلان ٢٠٥٩
إذا حاصر المسلمون على الكفار حصنا أو بلدة، فطلبوهم أن ينزلوهم على حكم الله تعالى، ٢٠٥٩
أن المجتهد يخطئ ويصيب. وقال بعض الناس: يصيب لا محالة. ٢٠٦٣
إن أخطأ الإمام، وأنزلهم على حكم الله تعالى ٢٠٦٤
إن أبوا الإسلامَ جعلهم ذمة، يؤدون الجزية عن جماجمهم ولا وجه للقتل والسبي؛ ٢٠٦٥
عن أبي يوسف: أنه يجوز استرقاقهم؛ ٢٠٦٥
القتل يسقط بالشبهات ٢٠٦٦
لو وقع الصلح بيننا وبين أهل الحرب بشرط الرهن من الجانبين، على أنه إن غدر أحد الفريقين ٢٠٦٦
الفصل الثاني: إن نزلوا على حكم رجل معلوم من المسلمين جاز ٢٠٦٧
إن حكم بأن تسبى رقابهم صح، ٢٠٦٨
إن حكم الحكَم بأن يردّوا إلى مأمنهم ٢٠٦٨
إن قال الحكَم بعد ذلك: دَعُوني حتى أحكم بقتل أو سبي ٢٠٦٩

الوكيل بالبيع بألف إذا باع بخمسمائة، لا يجوز هذا البيع ٢٠٦٩
القاضي لا ينعزل بالجور والفسق، وكذا الحكَم، ٢٠٧٠
الصحابة رضوان الله عليهم تقلدوا الأعمال ممن جار وغلب، وصلوا خلفه، وجوّزوا أحكامه ٢٠٧١
لو مات الحكم قبل ردّ الحكومة قبل الحكم، ٢٠٧٢
إن شرطوا في الصلح أنه إن حكم فلان فحكمه ماض، ٢٠٧٢

باب ما استهلك من الغنائم ٢٠٧٣

بنى الباب على أن حق الملك لا يضمن بالإتلاف، ويدرء الحد والقصاص، ٢٠٧٣
في الباب فصلان: فصل في استهلاك الغنيمة، وفصل في الاستبراء ٢٠٧٣
الفصل الأول: جيش دخلوا دار الحرب، فأصابوا سبايا، ولم يخرجوها إلى دار الإسلام، ولم تقسم
حتى فجَرَ رجل بامرأة من السبي، فخاف أن تخبر الإمام، فقتلها، ثم علم الإمام بما صنع، ٢٠٧٣
لو استهلك مالا آخر، نحو الأسلحة والأمتعة والدواب، ٢٠٧٥
لو كان المستهلك من غير الغانمين، ٢٠٧٦
إن قتل صبيا أو امرأة، لا يقتصّ منه ٢٠٧٦
لو زنى بامرأة من السبى لايجب الحد ٢٠٧٧
إن قتل رجلا من السبي، لايجب عليه قصاص، ولا ضمان ٢٠٧٧
لو قسم الإمام الغنائم بعد ما أحرزت بدار الإسلام، ٢٠٧٨
إن قتل مملوكا من نصيب أصحابه عمدا ٢٠٧٨
من فجر بجارية من نصيب غيره، ٢٠٧٨
من قتل عبدا من بيت المال ٢٠٧٩
إن رأى الإمام قسمة الغنائم في دار الحرب، ٢٠٧٩
إن قتل عمدا هل يجب القصاص في دار الحرب ٢٠٧٩
إن كان المقتول من الخمس، ٢٠٨٠
لو نَفّل الإمام سرية، وقال: "ما أصبتم فهو لكم"، فأصابوا غنائم ٢٠٨٠
لو قال الإمام: "من قتل قتيلا فله سلبه" ٢٠٨٠
لو ظهر الإمام على بلدة من بلاد أهل الحرب، وأجرى فيها أحكام الإسلام ٢٠٨١

إن لم يختر الإمام شيئا حتى أتلف رجل من الغانمين شيئا من تلك الأموال ٢٠٨١
لو قتل رجلا من الغنيمة، ٢٠٨١
إن رأى الإمام أن يجعلهم ذمة يؤدون الخراج، ومَنّ عليهم بأموالهم ٢٠٨٢
إذا بقي الضمان للغانمين يأخذ منه الخمس ٢٠٨٢
إن لم يخرج الضمان من المستهلك حتى قسم الإمام الأراضي ٢٠٨٢
والي العسكر إذا قسم الغنائم، وبقي شيء يسير لا يحتمل القسمة لقلته، ٢٠٨٣
الفصل الثاني : في الاستبراء ٢٠٨٣
لو نفّل الإمام قوما جواري، وقال: من أصاب جارية فهي له ٢٠٨٣
إن أصاب رجل جاريةً، سلمت له، فإن استبرأها في دار الحرب بحيضة، ٢٠٨٣
أجمعوا على أنه لايحل للمتلصص أن يطأها قبل الإحراز بدار الإسلام ٢٠٨٤
الملك عبارة عن القدرة والإختصاص ٢٠٨٥
لو وهب هذا المنفل له الجارية لرجل، فأخرجها إلى دار الإسلام، ٢٠٨٥
إن قسم الإمام الغنائم في دار الحرب، فأصاب رجل جارية، فقبضها، واستبرأها بحيضة، ٢٠٨٥
إذا تزوج امرأة في دار الحرب ٢٠٨٦
لو أن المنفل له الجارية بعد ما استبرأها بحيضة، أخرجها إلى دار الإسلام قبل الوطئ، ٢٠٨٦

باب ما يحرزه العدوّ فيصير للمسلمين بشراءٍ جائز أو فاسد وما لا يجري فيه الإحراز ٢٠٨٨

الباب على أصلين: المالك القديم إذا وجد مالَه في ملك عام، أخذه بغير شيء، وإن وجده في ملك خاص، فإن كان الذي في يده ملكَه بمعاوضة صحيحة، يأخذ المالك بمثل العوض إن كان مثليا، وبقيمة العوض إن لم يكن العوض مثليا ٢٠٨٨
ما لا يجوز بين المسلمين من عقود الربا، إذا جرى بين المسلم والحربي يجعل احتيالا لأخذ مال الحربي في قول أبي حنيفة ومحمد، ٢٠٨٩
رجل له كرّ من تمر فارسي جيد، فأخذه المشركون ٢٠٩٠
لو اشتراه مسلم من العدو بنصف كر، لايأخذه المولى ٢٠٩١

إن اشتراه بكُرّ دقل، كان للمالك أن يأخذه بكر دقل ٢٠٩٢
لو أخذ العدو من مسلم ألف درهم نقد بيت المال، وأحرزها بدارهم، فاشتراها مسلم ٢٠٩٢
لو أحرز العدو كر حنطة لمسلم، فأسلم إليه مسلم مائة في كر حنطة، ٢٠٩٣
لو أخذ العدو كر المسلم، وأحرزه بدار الحرب، فدخل مسلمان، واشترياه منهم، ٢٠٩٣
لو كان مكان الكر ثيابا ٢٠٩٣
لو اشتريا مكيلا أو موزونا، واقتسما ٢٠٩٤
لو أحرز العدو بدار الحرب كر المسلم، فدخل مسلم دار الحرب بأمان، وباعهم متاعاً ٢٠٩٤
لو كان مكان الكر ثياب، هروية أو زطية، ٢٠٩٥
لو أحرز العدو كرا لمسلم بدار الحرب، فدخل مسلم، وأقرضهم كرا ٢٠٩٥
لو أحرز العدو إبريق فضة لمسلم بدار الحرب وزنه خمسمائة، وقيمته لصناعته أكثر، ٢٠٩٦
إن اشتراه المسلم بمثل وزنه دراهم من الدراهم ٢٠٩٧
لو دخل ذمي، واشتراه بخمر، وأخرجه إلى دار الإسلام ٢٠٩٧
رجل أعتق أحد عبديه لا بعينه، ولم يبين حتى أحرزهما العدو بدار الحرب، ٢٠٩٧
لو طلق إحدى امرأتيه ثلاثا، ثم قال لهما: أنتما طالقان، وانقضت عدتهما معا، فأراد أن يتزوجهما ٢٠٩٨

باب السبايا من أهل الحرب ما يصدق فيه وما لا يصدق ٢٠٩٩

بنى الباب على أصلين: السبى والسبية إذا أقرا بالنكاح صح إقرارهما ٢٠٩٩
الدين يثبت بالتبعيّة ٢١٠٠
كل مولود يولد على الفطرة، ٢١٠٠
اللقيط الموجود في دار الإسلام مسلم تبعا للدار ٢١٠١
إذا سبى المسلمون أهل حصن ولم يحرزوهم بدار الإسلام، حتى قال رجل من السَّبي لامرأة من
السبي: "هذه امرأتي"، وصدقته المرأة بذلك ٢١٠١
هذه المسألة على وجوه ثلاثة ٢١٠١
لو باع الإمام في دار الحرب، أو قسم؛ ٢١٠٣
لو لم يقسم الإمام، ولم يبع حتى ادعى رجل من السبي في دار الحرب صغيراً ٢١٠٣
إن مات الصبي لايصلي عليه ٢١٠٣

إن كانت الدعوة في دار الإسلام صحت ٢١٠٣

أولاد أهل الذمة يتبعون أباءهم في الدين. ٢١٠٣

إن علم أنه سبى، ولم يكن في يد أحد، صح دعواه، ويكون مسلما ٢١٠٤

دعوى الكافر نسب الولد تتضمن شيئين: ٢١٠٤

لقيط وجدَه مسلم في دار الإسلام، فادعى ذمي أنه ابنه ٢١٠٤

لو كان الصبي يعقل، ويعبر عن نفسه، لا يثبت النسب إلا أن يصدقه ٢١٠٤

الصبي العاقل في حكم النسب بمنزلة البالغ، وقوله مقبول في الديانات، ٢١٠٤

قال بعض مشايخنا: الصحيح من مذهبنا أن الصبي العاقل لا يجعل تبعا للأبوين في الدين ٢١٠٤

لو أن امرأة من السبي تحمل صبيا صغيراً، يعبّر عن نفسه أو لا يعبر، وادعت أنه ولدها، ٢١٠٥

لو قسم الإمام في دار الحرب، فوقع في سهم رجل، أو بيع الولد من مسلم في دار الحرب ثم مات ٢١٠٦ تبعية

المولى فوق تبعية الأبوين ٢١٠٦

يجوز أن يصح الإقرار بالميراث، ولا يثبت النسب ٢١٠٨

لو كان الصبي في يدها، فادعت أنه ابنها من هذا الرجل، وهذا الرجل زوجها، ٢١٠٩

اختلف المشايخ في النسب، ٢١٠٩

إذا أسَر المسلمون أسرى من أهل الحرب، وفيهم امرأة في يدها صبي، فادعى مسلم ٢١١٠

إن كان على الولد سيماء المسلمين يكون حرا ٢١١٠

كيف يكون الولد فيأ، وقد ثبت نسبه من المسلم يوم ولد، وحكم بإسلامه؟ ٢١١٠

الأخوان إذا كان أحدهما مكاتبا، والآخر حرا، فمات الحر، ولهما ابن عم، كان الميراث لابن العم ٢١١٠

لو كان الابن كبيرا، فادعى أنه كان مسلما مأسورا فيهم، فإن كان عليه سيماء المسلمين ٢١١١

هرب الأسارى، قبل ان يخرجوهم إلى دار الإسلام، ولم يقسموهم، أو ظهر عليهم المشركون،

وردوهم إلى مأمنهم، ثم ظهر عليهم قوم آخرون من المسلمين، فأخذوهم، ولم يقسموا ٢١١١

من مات منهم لايورث نصيبه، ولو لحقهم المدد يشاركهم ٢١١١

العبد الجاني إذا استولى عليه أهل الحرب، وأحرزوه بدارهم، ثم أصابه المسلمون ٢١١٣

الحق المتأكد ينزل منزلة الملك في حق الأحكام، ٢١١٣

ينقض لحق المرتهن، وينقض ملك المشتري لحق الشفيع. ٢١١٣

استيلاء الكافر لا يوجب الملك قبل الإحراز ٢١١٤

استيلاء الكافر على مال المسلم وإن كان سببا للملك، فالاستيلاء قبل الإحراز لا يوجب الملك ٢١١٤
هنا مسألتان اختلف العلماء فيهما: ٢١١٤
الإحراز هل هو شرط لتمام الاستيلاء إذا ورد الاستيلاء على محل الملك ٢١١٥
استيلاء الكافر هل هو سبب الملك إذا ورد على مال المسلم ٢١١٥
لو قضى بشهادة الفسّاق على غائب، أو قضى بالنكاح بشهادة رجل وامرأتين على غائب، ٢١١٥

كتاب الصيد ٢١١٦

باب من الصيد الذي يغرم الثاني من الراميين والمرسلين القيمةَ كلها من جنايته وجناية غيره وما لا يغرم وما يحلّ من ذلك وما لا يحل ٢١١٦

في الباب فصول ثلاثة: فصل في الرمي، وفصل في إرسال الكلب، وفصل في إرسال الباز ٢١١٦
الباب على أصول: أخذ الصيد المباح سبب للملك ٢١١٦
الأخذ نوعان ٢١١٧
ما خلا الجراد والسمك من الحيوان لا يحلّ بدون الذكاة ٢١١٧
الذكاة نوعان ٢١١٨
تعتبر الأهلية وقت الرمي لا وقت الإصابة ٢١٢٠
لو رمى إلى صيد وهو مسلم، فارتدّ ـ (والعياذ بالله) ـ قبل الإصابة ٢١٢٠
دليل الحلّ مع دليل الحرمة إذا اجتمعا، تغلب الحرمة احتياطا ٢١٢١
إتلاف مال الغير سبب للضمان، وتحريم الحلال إتلاف معنى ٢١٢٢
الأجنبي إذا شارك المالكَ في إتلاف المال بغير إذنه، يضمن نصف القيمة ٢١٢٢
يعتبر في الضمان حال المحل وقت الرمي، لا وقت الإصابة ٢١٢٢
لو رمى إلى حربي، أو مرتد، فأسلم المرمى قبل الإصابة لا يضمن ٢١٢٢
إذا رمى إلى مسلم، فارتدّ المرمي قبل الإصابة، ٢١٢٢
إذا جرح مسلما، فارتد المجروح، ثم مات من تلك الجراحة، ٢١٢٢
الرمي كما يعتبر مباشرةً في حكم الذكاة يعتبر مباشرة في حكم الضمان، ٢١٢٣
إرسال البازي لا يكون سببا للضمان بحال ما ٢١٢٣

مسلم رمى صيدا، فكسر جناحَه، ولم يجرحه، فرماه مسلم آخر و الصيد يهوي إلى الأرض، ٢١٢٣
في المسئلة أحكام ثلاثة: حكم الملك، وحكم الحل، وحكم الضمان. ٢١٢٤
رجل ضرب عبده سوطا، ثم ضربه أجنبي سوطا، فمات منهما ٢١٢٤
إن رماه الأول بسهم، وكسر جناحه خرقا، ثم رماه الثاني، وكسر جناحه الآخر دقّا أو خرقا، ومات، ٢١٢٤
إن أدرك الأول ذكاتَه، فهو على وجوه ٢١٢٥
رجل قطع يد آخر عمدا، ثم جاء آخر، وقتله عمدا ٢١٢٦
إذا حل أكل الصيد، وانقطعت سراية ما قبله ٢١٢٦
إن لم يقدر على الذكاة لضيق الوقت، ٢١٢٦
الشاة إذا سقطت، ولم يتمكّن من الذبح في المذبح لضيق الوقت، فجرح، وماتت ٢١٢٦
إذا عجز عن الذكاة لفقد الآلة لا يحل بذكاة الإضطرار ٢١٢٨
أصل المسألة: إذا رمى صيدا، فوقعت الرمية بين يديه حيا، وبها رمق، فلم يذبحها ٢١٢٩
لو أدرك المتردّيةَ والنطيحةَ، وبها رمق فذبحها ٢١٢٩
أن شاة المذبوحة إذا اضطربت، ووقعت في الماء، ٢١٢٩
إن رمى الثاني قبل إصابة الأول، فإن أصابا معا، وجرحا معا، ومات الصيد منهما ٢١٣٠
إن أصابه سهم أحدهما أولا، وكسر جناحه خرقا، ثم أصابه سهم الآخر، ومات منهما ٢١٣٠
لو كانت إحدى الرميتين ببندقة أوبمعراض أصابه بعرضه، ولم يخرقه ٢١٣١
إن أصابه سهم أحدهما، ولم يثخنه، وكان الطير يتحامل، ويطير، فأصابه سهم الثاني، وأثخنه ٢١٣١
رجل أرسَل كلبه المعلّم إلى صيد، وسمّى، فكسر الكلب رجله، ، ثم أرسل الآخر كلبه المعلم، ٢١٣٢
إن أرسل الثاني كلبَه بعد ما أصابه الأول، وأثخنه ٢١٣٢
السهم لا اختيار له، فما تولّد منه يكون مضافا إلى الرامي ٢١٣٣
إنما أضفنا فعل المعلم إلى المرسل، وبيّنا الحكم على ما في وسعه دفعا للحاجة والضرورة ٢١٣٤
إن أرسل الثاني كلبه بعد ما عقره كلب الأول، فذهب في فوره، حتى أصاب الصيد، وعقره ٢١٣٥
إذا أرسل الرجل دابته على زرع غيره، فإن لم تذهب على فور الإرسال، ثم أصابت الزرع ٢١٣٦
لو كان جرح كل واحد منهما بحال لا يخرجه عن الصيدية عند الإنفراد، ويخرجه عند الإجتماع ٢١٣٧
الفصل الثالث: فصل إرسال البازي ٢١٣٧
لا يجب الضمان في البازي في ظاهر الرواية ٢١٣٧

إذا أرسله صاحبه، وصاحَ عليه، وزجره ٢١٣٧
البازي لا يحتمل السَوق، فسائق الطائر لا يكون إلا طائرا ٢١٣٨
رجل أرسل بازيا له على صيد، فأصابه، ولم يخرجه عن الصيدية حتى أرسل آخر بازيًا له ٢١٣٨
لو أرسل كلبه إلى صيد، فصدم الصيد بجبهته وكسر عنقه، ، فقتله غما، ، ولم يجرحه ٢١٣٨
قتل الكلب المعلم أو البازي المعلم يضاف إلى المرسل، خنقا كان أو خرقا ٢١٤٠

باب من الصيد الذي يحل أكله إذا رمى فأصاب الرمية غيرَها أو أعان على الرمية غيرها ٢١٤١

في الباب فصل الرمي، وإرسال الكلب، ورمي المسلم والمحرم والمجوسي، وإصابة الريح ٢١٤١
ما خلا السمك والجراد من الحيوان، لا يحلّ بدون الذكاة، وإن المحرّم مع المبيح إذا اجتمعا، تغلب الحرمة احتياطا ٢١٤١
مسلم رمى سهما، وسمّى، فأصاب السهم سهما موضوعا على حائط، ، وأصاب السهم الموضوع الصيد، وقتله جرحا، ٢١٤١
لو رمى سهما إلى مسلم، فأصاب سهما موضوعا، ودفعه، فمضى السهم الثاني إلى المرمى إليه، وقتله ٢١٤٢
لو رمى ببندقة، أو بمعراض، أو حجر، فأصاب سهما موضوعا، فمضى السهم، وقتل الصيد جرحا ٢١٤٣
الفصل الثاني : مسلم رمى سهما إلى صيد، وسمى، ثم رمى مسلم آخر سهما إلى ذلك الصيد، وسمى، فأصاب السهم الثاني السهم الأول، وزاد في مضيه حتى أصاب السهم الأول الصيد، وقتله، ٢١٤٣
لو أصاب السهم الثاني السهم الأول، فردّه إلى ورائه، أو يمنة أو يسرة، ثم أصاب الصيد ٢١٤٤
لو كان الثاني مجوسيا، والمسألة بحالها، فهو على هذه الوجوه: ٢١٤٥
مسلم أخذ سكّينا ليذبح به شاة، ووضع السكين على حلق الشاة، فأخذ المجوسي بيده، وأمرّ حتى ذبح ٢١٤٦
لو رمى حلال إلى صيد، وسمّى، ثم رمى محرم إلى ذلك الصيد ٢١٤٦
قوم من المجوس رمَوا صيدا بسهامهم، فأقبل الصيد فارّا عن سهامهم، ورمى مسلم، فقتله، فالصيد للمسلم، وهل يحل أكله؟ ٢١٤٧
إن وقعت سهام المجوس على الأرض، ثم رماه المسلم، فقتله، ٢١٤٨
لو أرسل المجوس كلابَهم على صيد، فأقبل الصيد فارا من كلابهم، ثم رماه المسلم، أو أرسل كلبه

فهرس المحتويات

الإهداء ٣
تقريظ العلامة المحدث الفقيه الشيخ محمد تقي العثماني حفظه الله تعالى ٥
تقريظ الأستاذ الدكتور وهبه الزحيلي حفظه الله تعالى ٧
المقدمة ٩
أهمّية وأسباب تحقيق هذا الكتاب باختصار ١٤
الصعوبات التي واجهتها في إعداد الرسالة : ١٥
الخطة العامّة للرسالة ١٨
المنهج المتبع في تحقيق المخطوط : ٢٠
شكر وتقدير : ٢٢
القسم الدراسي ٢٤
الفصل الأول نبذة مختصرة عن الإمام محمد بن الحسن الشيباني ٢٥
اسمه ونسبه ومولده : ٢٥
نشأته واتصاله بحلقة الإمام أبي حنيفة : ٢٧
مشايخه في الفقه والحديث ٢٨
تلاميذه ٣٩
ثناء الأئمّة على الإمام محمد الشيباني ٤٦
منزلته العلمية : ٤٨
وفاته : ٤٩
مؤلفات الإمام محمد ٥١
١ - «كتاب الأصل» المعروف بالمبسوط للإمام محمد : ٥٢
٢ - «الجامع الصغير» : ٥٣
أبو سليمان الجوزجاني، وأبو حفص الكبير، وعلي بن معبد ٥٥
محمد بن سَماعة التميمي ٥٥
٤ - «السير الصغير» : ٥٦
٥ - «السير الكبير» : ٥٦

٦ - «الزيادات» : ٥٨
٧- «زيادات الزيادت» : ٥٨
أسانيد كتب الإمام محمد : ٥٩
الفصل الثاني ٦١
ترجمة الإمام قاضي خان ٦١
اسمه ونسبه ونسبته : ٦١
كنيته ولقبه وشهرته : ٦١
مولده وموطنه ووفاته : ٦٢
اسرته ونشأته : ٦٤
عصر الإمام قاضي خان : ٦٧
مشايخه : ٧١
تلامذته ٧٦
إجزة قاضيخان للحصيري : ٨٠
سند الإمام قاضي خان في الفقه : ٨٣
منزلة قاضي خان بين الفقهاء الحنفية وثناء العلماء عليه : ٨٣
تصحيح قاضي خان معتمد ومقدم : ٨٥
مؤلفات الإمام قاضي خان ٨٨
١ - « فتاوى قاضي خان » أو « الفتاوى الخانية » : ٨٨
٢ - « شرح الجامع الصغير » ٩٢
٣ - « شرح الجامع الكبير » : ٩٤
٤ - « شرح الزيادات » ٩٤
٥ - « شرح أدب القاضي » للخصاف : ٩٤
٦ - « الأمالي في الفقه » : ٩٦
٧ - « كتاب المحاضر » : ٩٦
٨ - « الواقعات » : ٩٧
٩ - « فوائد الإمام قاضيخان » : ٩٧

١٠ - «رسم المفتي» أو «عمدة المفتي»: ٩٧
١١ - «آداب الفضلاء» في اللغة: ٩٨
١٢ - «الإصلاح شرح الإيضاح»: ٩٨
١٣ - «خزانة الروايات»: ٩٨
الفصل الثالث: المبحث الأول كتاب الزيادات للإمام محمد بن الحسن الشيباني ١٠٠
«الزيادات» من كتب ظاهر الرواية: ١٠٠
سبب تأليف الزيادات: ١٠٢
أسلوب الكتاب ومنهجه: ١٠٣
نسخ الزيادات في مكتبات العالم: ١٠٥
مرتّب الزيادات: ١٠٧
موضوع الزيادات: ١٠٨
شروح الزيادات: ١٠٨
١ - شرح الزيادات للعتابي: ١٠٨
٢ - شرح الزيادات لبرهان الدين ابن مازه صاحب المحيط البرهانى ١١٠
٣ - شرح الزيادات للكردري: ١١٠
٤ - شرح الزيادات لأبي حفص: ١١١
المبحث الثاني: شرح الزيادات للإمام قاضي خان ١١٣
اسم الكتاب ونسبته إلى المؤلف: ١١٣
أهمية الكتاب ومزاياه العلمية: ١١٤
شرح الزيادات لقاضي خان مصدر معتمد عند الفقهاء: ١١٦
بعض خصائص الكتاب ومنهجه: ١١٩
منهج الإمام قاضي خان في التأصيل ١٢٢
مصادر الكتاب التي اعتمد عليها الشارح: ١٢٣
تقويم الكتاب: ١٢٧
وصف نسخ المخطوط المعتمدة: ١٢٩
صور المخطوطات ١٣٢

كتاب الطهارة والصلاة ١٤١

باب في الذي لايجد الماء ويجد سؤر الحمار أو النبيذوفي المسح ١٤١

في الباب خمسة فصول ١٤١

أصل الباب أن الطهارة شرط جواز الصلاة وإذا وقع الشك فيها لاتجوز الصلاة ١٤٢

و سؤر الحمار مشكوك في طهوريته ١٤٢

تشترط النية في التوضّي بنبيذ التمر عند أبي حنيفة ١٤٥

نبيذ التمر مشكوك في طهوريته عند محمد، كسؤرالحمار ١٤٧

شرط جواز المسح على الخف اللّبس على طهارة كاملة ١٤٨

الفصل الأول: مسافر أحدث فلم يجد إلا سؤر حمار أو بغل ١٤٩

فإن توضأ بسؤر الحمار ولبس الخف ثم أحدث قبل التيمم ومعه سؤر حمار ١٥٠

الفصل الثاني : إن لم يجد إلانبيذ التمر فإنه يتوضأ به عند أبي حنيفة ، ولايتيمم معه ١٥٠

فإن توضأ بنبيذ التمر هل يمسح على الخف ١٥٢

فرقوا بينه و بين سؤرالحمار، وجه الفرق ١٥٢

الفصل الثالث : أن الجمع بين الغسل والمسح على الخفّ لايجوز ١٥٣

الجمع بين البدل والمبدل محال ١٥٣

إذا غَسل إحدى الرجلين، أو غسل بعض الرِجل، لايمسح على الأخرى ١٥٤

رجل بإحدى رِجليه جَراحة لايستطيع غسلها، فإنه يمسح علي الخِرق التي عليها ١٥٤

إن توضأ ومسح على الخِرق، وغسل الرِّجل الصحيحة، ولبس الخُفّ على الصحيحة، ثم أحدث ١٥٤

المسح على الجبيرة كالغسل لماتحتها ١٥٥

من ترك المسح على الجبيرة والمسح لايضرُّه جاز ١٥٦

الأولى أن يمسح علي الجبائر، لما ورد فيه من الآثار ١٥٦

إن لبس على الصحيحة، ومسح على الجبيرة، ولبس الخف على المجروحة، ثم أحدث ١٥٩

بخلاف ما إذا لبس الجُرموق فوق خُفٍّ ممسوح، حيث لايجوز المسح على الجرموق ١٥٩

المسح على الخف ليس كالغسل لماتحته ١٦٠

البدل لابدل له ١٦٠

لو لم يستطع المسح على الجبيرة، فغسل الصحيحة، ولبس الخف عليها، ثم أحدث ١٦٠
الفصل الرابع : ينبني على أصل واحد : وهو أن قليل الخَرق و الإنكشاف لايمنع جواز المسح ١٦٠
الكثير مقدّر بثلاثة أصابع من أصغر أصابع الرِّجل ١٦١
رجل لبس خفين لاساق لهما، فظهر من أعلى الخف، أو من أسفله من موضع الغسل ١٦٢
إذا كان الخرق في موضعين، في ظهر القَدَم و العقب ١٦٢
إذا كان الخرق في خف واحد يجمع، وإن كان في خفين لايجمع ١٦٢
بخلاف النجاسة المتفرقة في الثياب، حيث تجمع ١٦٣
الفصل الخامس: مبنيّ على أن الجمع بين المسح والغسل في الرِّجل الواحدةأو في الرِّجلين لايجوز ٦٤
رجل قُطعت إحدي رجليه، وبقي منها شيئ يسير، فلبس الخف علي الصحيحة، ثم أحدث ١٦٤
فإن كان لبس الخف على المقطوعة أيضاً، فإن كان الباقي أقلّ من ثلاثة أصابع، لايمسح ١٦٤
وإن كان الباقي من المقطوعة ثلاثة أصابع أو أكثر من العقب، لا من موضع المسح ١٦٥
وإن كان الباقي ثلاثة أصابع أو أكثر من موضع المسح، وهو ظهر القدم ١٦٥
لو قُطعت إحدى رجليه من الكعب، فتوضأ، ولبس الخف على الصحيحة ١٦٥
وكذا إذا قُطعت يده من المِرفق، يجب غسل موضع القطع ١٦٥
ولو قُطعت من فوق الكعب، جاز المسح على الباقي ١٦٥

باب من الصلاة بالتيمم ١٦٦

القدرة على الطهارة بالماء، تمنع التيمم وجوداً وبقاءً ١٦٦
القدرة على الأصل تمنع المصير إلى البدل ١٦٦
القدرة على الطهارة بالماء، إنما تكون بوجود مايكفي للطهارة المحتاج إليها ١٦٨
وجود الماء المباح كما يُثبت القُدرةَ للواحد، يُثبت للجماعة ١٦٨
تعريف القادر: هو الذي لوأراد تحصيل الفعل لايتعذّر عليه ١٦٨
عند اجتماع الحَدَثين أو النجاستين، يصرف الماء إلى أغلظهما ١٦٩
الجَنابة أغلظ من الحدَث ١٦٩
الجَنابة كما لاتَتَجزّى ثبوتاً، لاتتَجزّى زوالاً ١٦٩
الفصل الأول: مسافر جُنُب اغتسل، وبقي لُمعة لم يُصبها الماء، وفنِي الماء، تيمّم ١٧٠

فإن تيمّم، ثم أحدث، تيمّم للحدث	١٧٠
فإن وجد بعد ذلك ماءً	١٧٠
إن كان كثيرا، يكفي لهما، يصرفه إليهما، وينتقض تيممه	١٧٠
وإن كان قليلا، لايكفي واحدا منهما، لم ينتقض تيممه	١٧١
وإن كان يكفي أحدَهما بعينه يَصرفه إليه، وتيممه للآخر على حاله	١٧١
وإن كان يكفي كلٌ واحد منهما بانفراده، ولايكفي لهما جميعا، يصرفه إلى اللمعة	١٧١
رجلين وجدا ماءً يكفي لأحدهما	١٧٢
فإن صرَف الماءَ إلى الحدث جاز، وينتقض تيممه للجَنابة	١٧٣
فإن تيمم للمعة، ثم أحدث، ثم وجد ماءً قبل أن يتيمم للحدث، فهو على الوجوه	١٧٣
فإن كان لم يتيمم للمعة حتى أحدث، والمسألة بحالها، فإنه يتيمم تيمماً واحدا لهما	١٧٤
المرأة إذا خرجت من حيضها، فأجنبت، تكتفي بغسل واحد في ظاهر الرواية	١٧٤
ينبغي أن ينوي المتيمم عن الحدثين	١٧٤
التيمم لايجوز بدون النية	١٧٤
الفصل الثاني : جُنب نسي أن يبدأ بمواضع الوضوء، واغتسل، ونسي ظَهره أيضا، ثم أهرق الماء	١٧٥
جُنب معه ماء قدر مايتوضأ به، تيمم، ولايتوضأ به	١٧٧
رجل بثوبه أو بدنه دم كثير، فأحدث، ولم يجد ماءً، تيمم وصلى	١٧٨
فلو وجد مايكفي للثوب أو البدن، ولايكفي لهما، يصرف الماء إلى الدّم	١٧٨
فإن تيمم للحدث، ثم وجد مايكفي لأحدهما، فإنه يغسل به الدم، ويعيد التيمم	١٧٩
جماعة من المتيممين في السفر، انتهوا إلى رجل معه ماء يكفي لأحدهم، فسألوه	١٨٠
إن قال صاحب الماء: هذا الماء لكم جميعا، فقبضوه	١٨٠
هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لاتصح عند أبي حنيفة	١٨٠
هبة المُشاع فيما يقسم باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله، لاتُفيد الملك وإن اتصل بها القبض	١٨٢
المصلّي بالتيمم إذا رأى مع رجل ماءً، إن علم أنه يعطيه، قطع الصلاة	١٨٢
فإذا فرغ من الصلاة سأله، فإن أعطاه أوباعه بثمن المثل، وهو يقدر عليه	١٨٣

باب من يُغسل من الشّهداء ومن لايُغسل

أصل الباب أن الغُسل هو الأصل في مَوتى بني آدم، فصار ذلك سنة في حقّ الكلّ، ثم انتسخ ذلك في حق الشهيد كرامة له ١٨٤

شهداء أحد كانو مقتولين بكمال الظلم من الكفار، فكلّ من كان في معناهم كان ملحقا بهم ١٨٦

كلّ مكلّف قُتل ظلما بأيّ شيئ، قتل مباشرة أوتسببا، ولم يجب عن دمه بدل، هو مال، ولم يُرتَثّ، لايُغسل، ١٨٦

ميّت يُجد في المعركة، و به جَراحة، أو دم يخرج من العين أو الأذن أو الفم من الجَوف، أو به أثر الحَرق أو الغَرق، ولايُدرى حاله ١٨٨

لو سقط مسلم فوَطئته دابّة العدوّ، أو ضربته بيدها، أو نفحته برجلها، أو كدمته ١٨٩

من سار في الطريق، فإنه لايؤاخذ بنَفحة الرِّجل أو الذنب، لأنه غير متعد ١٨٩

وكذلك لو نَفّر المشركون دابّة مسلم بضرب أو زجر، حتى رمَت بصاحبها، فمات ١٩٠

من وضع ناراً في الطريق، فهبّت بهاالريح، وأحرقت شيئاً ١٩٠

إذاقُتل المسلم وهو منهزم، لايغسل، لأن القتال لايخلو عنه ١٩١

وإذا لم يغسل، يدفن في ثيابه، ويُنزع عنه ما ليس من جنس الكفن ١٩١

العدد المسنون في الكفن يُراعى في كفن الشهيد ١٩١

لو انفلتت دابّة مشرك، فوطئت مسلما، فقتلته، أو نفرت دابّة المسلم عن رايَات المشركين ١٩٣

الشهيد اسم لقتيل العدوّ، فلابدّ من إضافة القتل إليهم لتحقق الشهادة ١٩٤

لو رمى المسلم إلى كافر، فأصاب مسلما، فقتله، أو وطئته دابّة مسلم ١٩٤

وكذا لو حُمل من المعركة جَريحا، ولم يمُت فيها، فمات على أيدي الرجال، أو مات في منزله ١٩٤

ولوأكل أو شرب بعد الجُرح، يغسّللأنه ارتفق برِفق الأحياء ١٩٥

وكذا لو عاش يوما أو ليلة في المعركة، غسّل ١٩٥

طول الحياة بعد الجرح يُبطل الشهادة، والقليل لايبطل ١٩٥

لو تكلّم في مَصرعه ثم مات لايغسّل لأنه في معني شهداء أحد ١٩٦

ذكرَ ابن سماعة رحمه الله أن إكثار الكلام من الجريح يُبطل الشهادة ١٩٧

لو أوصى بشيئ من أعمال الدين لاتبطل شهادته ١٩٧

وكذا إذا أوصى بشيئ من أعمال الدنيا عند محمد ١٩٧

من قُتل في المصر بسلاح ظلما، لايغسل ١٩٨
لو قُتل بغَير حديد كالمثقل ونحوه ١٩٨
لو وُجد في المصر قَتيل لايُعرف قاتله، غسّل ١٩٨
وكذا إذا التقى الفئتان ولم يكن بينهم قتال، حتى وُجد قتيل في معسكر المسلمين ١٩٨

باب صلاة المسافر في الإقامة والوطن وغيره
بنى الباب على أن أقلّ مدة السفر ثلاثة أيّام ولياليها، وأقلّ مدة الإقامة خمسة عشر يوماً ١٩٩
الأوطان ثلاثة : ١٩٩
وطن أصليّ : وهو مولَد الرجل، أو البلد الذي تأهّل فيه ١٩٩
وطن الأقامة، ويسمّى وطن المستعار : وهو البلد الذي ينوي المسافر الإقامة به خمسة عشر يوماً ١٩٩
وطن السكنى : وهو البلد الذي ينوي المسافر الإقامة به أقلّ من خمسة عشر يوما ٢٠٠
الوطن الأصلي ينتقض بالوطن الأصلي، ٢٠٠
الأصلي مثل الأصلي، ونقض المثل بالمثل جائز. ٢٠١
ولاينتقض بوطن الإقامة والسكنى والسفر، لأن ذلك دونه، والأدنى لايصلح ناقضاً للأعلى ٢٠١
ووطن الإقامة ينتقض بالأصلي، لأنه فوقه، وبوطن الإقامة، لأنه مثله، وبالسفر، لأنه ضدّه ٢٠١
ولاينتقض بوطن السكنى، لأنه دونه ٢٠١
ووطن السكنى ينتقض بالكلّ ٢٠١
خراسانيّ قدم بغداد، ونوى الإقامة بها خمسة عشر يوما، ومكّيّ قدم كوفة، ونوى الإقامة بها خمسة عشر يوما، ثم خرج كل واحد منهما، يريد قصرَ ابن هُبَيرَة، ليلتقي بها صاحبه ٢٠١
فإن نويَا الإقامة بالقصر خمسة عشر يوما، ثم خرجا من القصر إلى الكوفة، ليقيما بها يوماً ٢٠٢
فإن خرجَا من الكوفة إلى بغداد، يريدان المرور على القصر ٢٠٢
فإن خرج البغدادي يريد الكوفة، والكوفي يريد بغداد، فالتقَيا بالقصر ٢٠٤
بغداديّ وكوفيّ خرجا من وطنهما، يريدان القصرّ، ليقيما بها خمسة عشر يوماً ٢٠٤
وطن الإقامة لا يكون إلا بعد تقدّم السفر، لأن الإقامة من المقيم لَغو ٢٠٥
فإن خرجا يريد كل واحد منهما وطن صاحبه، فالتَقيا بالقصر، ثم خرجا من القصر ٢٠٥
كوفيّ أقبل من مكة، فاستقبله ابنه بالحيرَة وأخبره بخبر يسوءه، فنويا الإقامة بالحيرة خمسة عشر يومًا ٢٠٦

كوفي نقل عَياله إلى مكة، ليتوطّن بها، فلمّا دخلها لم يُعجبه المقام بها، فخرج إلى بغداد ٢٠٧
فإن بدا له في الطريق أن لا يستوطن مكة، فخلّف عياله بالبُستان، ودخل مكة على عزم أن يحجّ ٢٠٧

باب المسافر والمقيم يؤمّ أحدُهما صاحبَه ثمّ يشكّان فيه ٢٠٨

الصلاة متى فسدت من وجه، وجازت من وجه، أو فسدت من وجه، وصحّت من وجوه،
يُحكم بالفساد احتياطاً ٢٠٨
وأصل آخر أن فساد صلاة الإمام مُوجب فساد صلاة المقتدى،
وفساد صلاة المقتدي لايوجب فساد صلاة الإمام ٢٠٨
وأصل آخر: أن تعيين الإمام من المقتدى، شرط جواز الصلاة بالجماعة، ٢٠٨
في الباب فصول ثلاثة: إما أن يشكّا بعد ما صلّيا ركعة، أو ركعتين، أو ثلاثا. ٢٠٩
الفصل الأول: مسافر ومقيم أمّ أحدهما صاحبه، فلمّا شرعا شكّا في الإمام ٢٠٩
قيام المقتدى على يمين الإمام ليس بشرط لصحّة الاقتداء ٢٠٩
ولو لم يشكّا حتى أحدث أحدهما، فخرج، ثم أحدث الآخر، ثمّ شكّا في الإمام ٢١٠
وإن صليا ركعتين، وقعد القعدة، ولم يحدثا، ثم شكّا في الإمام ٢١١
وإن شكّا بعد ما صليا ثلاثا أو أربعًا، ولم يحدثا ٢١٣
الظاهر من المسلم الجَري على موجَب الشرع. ٢١٣
كمَن أحرم بشيء، ونسيه، يلزمه حَجة وعمرة، ليخرج عن عُهدة ما التزم بيقين. ٢١٣
لو أحرم بشيئين ونسيهما، القياس أن يلزمه حَجّتان وعمرتان، وفي الاستحسان يلزمه حجة وعمرة ٢١٣

باب صلاة الخوف ٢١٥

أصل الباب أن الانصراف في غير أوانه مُفسد للصلاة، وفي أوانه لا ٢١٥
تَرْك الانصراف في أوانه غير مُفسد، لأنه أخذٌ بالعزيمة. ٢١٥
أوان انصراف الطائفة الأولى ما بعد الفَراغ عن الشَطر الأول ٢١٥
أوان انصراف الطائفة الثانية ما بعد الفراغ عن الشطر الثاني. ٢١٥
ومن أدرك الشطر الأول، فهو من الطائفة الأولى، ومن أدرك الشطر الثاني، فهو من الطائفة الثانية ٢١٦
إمام صلّى المغرب بالطائفتين، فإنه يصلّي بالطائفة الأولى ركعتين، وبالطائفة الثانية ركعة ٢١٦

القعدة إنما شُرعت للفصل بين الشطرين ٢١٦
الركعة الواحدة لا تتجزأ ٢١٦
فإن أخطأ الإمام، فصلّى بالطائفة الأولى ركعة فانصرفت، وبالثانية ركعتين فانصرفت ٢١٧
ولو أن الإمام جعل الناس ثلاث طوائف، فصلى بكل طائفة ركعة، فانصرفت ٢١٨
ولو كان الإمام مقيما، فصلى بهم الظهرَ أو العصرَ أو العشاءَ صلاة الخوف ٢١٩
الإقبال إلى الصّلاة لا يُفسد الصلاة بكل حال ٢٢٠
وإن جعلهم أربع طوائف، وصلى بكل طائفة ركعة ٢٢١
المصلي إذا سبقَه الحدث، فلم ينصرف، حتى تمكّن من أداء الركن، فسدت صلاته لوجود المنافي ٢٢٢
إذا صلى صلاة الخوف قبل حضرة العدو، فخاف الإمام ٢٢٣
الشرع إنما ورد بصلاة الخوف بخلاف القياس، عند تحقق الخوف وحضرة العدو ٢٢٣
لو أن الإمام افتتح الصلاة بهم جميعًا، فلما صلى ركعة وهو مسافر أو ركعتين وهو مقيم، حضرَ العدوّ ٢٢٣
ولو خاف الإمام، فصلى بطائفة، ووقفت طائفة ٢٢٤
ولو جعل الناس طائفتين، فصلى بطائفة، ووقفت طائفة بإزاء العدوّ ٢٢٤
لو افتتح صلاة الخوف عند حضرة العدوّ، فلما صلى شطر الصلاة بطائفة ذهب العدوّ ٢٢٥
إذا رأوا سَواداً، فظنّوه عدواً، فانصرفت طائفة في أوانه، ثم ظهر أنه لم يكن عدوا ٢٢٥
من ظن أنه أحدث، فانصرف، ثم علم أنه لم يحدث ٢٢٦
لو صلى صلاة العيد بطائفتين يجوز؛ لوجود العلة، بل أولى ٢٢٧
عند محمد التعوذ لأجل القراءة ٢٢٨
عند أبي يوسف: التعوذ لصيانة الصلاة عن الوسوسة، وهو مأمور به ٢٢٨
المسبوق لا يتعوّذ حتى يقوم إلى قضاء ما سبق عند محمد، والمقتدي لا يأتي بالتعوّذ عنده ٢٢٩
من عجَز عن النزول لخوف، يصلي على الدابّة وحدانًا ٢٣٠
التطوع على الدابة في خارج المصر حالة الاختيار جائز، فكذلك الفرض عند الضرورة ٢٣١
فإن صلوا على الدوابّ بجماعة، جازت صلاة الإمام، ومن كان معه على دابته ٢٣١
يصلي على الدابةّ حيث ما توجّهت به دابته كما في التطوّع حالة الاختيار ٢٣٢
ولا يصلي وهو يمشي، أو يَسبَح، أو يقاتل، وإنما يصلي عند الكفّ عن هذه الأفعال ٢٣٢

باب، من الصلاة التي يكون فيها العُذران ٢٣٤
بني البابَ على أن المبتلى بين الشرّين يَختار أهْوَنَهما ؛ لأن مباشَرة الحرام لاتُباح إلا لضرورة،
ولا ضرورة في الزيادة ٢٣٤
رجل بحَلقه جَراح لايَقدر على السّجود، ويَقدر على غيرها من الأفعال ٢٣٥
القيام والركوع شرعا وسيلة إلى السجود، لأن معنى القربة في الخرور ٢٣٦
الخرور سُقوط من القيام، فكان القيام وسيلة إلى السجود ٢٣٦
شرع السجود قربة خارج الصلاة، دون القيام والركوع ٢٣٦
لو كان بحال لو سجد سال جُرحه، وإن لم يسجد لا يسيل ٢٣٧
ترك السجود أهون من الصلاة مع الحدث ٢٣٧
فإن قام وقرأ وركع ثم قعد وأومأ للسجود، جاز ٢٣٧
شيخ، لو صلى قائما سلَس بوله أو سال جرحه أو لايقدر على القراءة ولو صلى قاعدًا،
لم يُصبه شيئ ٢٣٨
ولو كان لو سجد، سال جرحه، أو سلَسَ بوله، ترك السجود أيضًا ٢٣٩
فإن صلى في هذين الفصلين بركوع وسجود مع سيلان الدم، لايجوز ٢٤٠
وإن كان لو صلى قائما أو قاعدا، سال جرحه، وإن استلقى على قَفاه لا يسيل ٢٤٠
المحبوس في السجن في المصر، إذا كان على وضوء، فلم يجد مكانا نظيفا ٢٤٠
وكذا إذا لم يكن على وضوء، ولم يجد ماء، ووجد ترابا نظيفا، فإنه يصلي بالتيمّم، ثم يعيد ٢٤٠
المسافر إذا صلى على الدابة بالإيماء لخوف سبع، أو لصّ، أو طين، أو مرض ٢٤١
فإن كان المحبوس على غير وضوء، فلم يجد ماءً، ولا ترابا نظيفا ٢٤١
من عجز عن الصوم يتشبّه ٢٤١
الصلاة بغير طهارة معصية، والعجز عن الطاعة لايُبيح المعصية، ٢٤٢
العاري في السفر إذا لم يجد ثوبا، فإنه يصلي قاعدًا بالإيماء ٢٤٢
ولو كانوا جماعة، يصلون وحدانا بالإيماء، فإن صلوا جماعة يكون الإمام وسطهم ٢٤٢
ولو وجد ثوبًا مملوأ من الدم، يتخيّر عند أبي حنيفة وأبي يوسف ٢٤٢
وقال محمد رحمه الله : يصلي في الثوب النجس بركوع وسجود ٢٤٣
حكم العورة أشدّ، فإن من العلماء من جوّز الصلاة في الثوب النجس ٢٤٣

أحد لم يجوّز الصلاة مع انكشاف العورة، كما لا يجوز الطواف ٢٤٤
لو كان معه ثوبان، نجاسة أحدهما أكثر من قدر الدرهم، ونجاسة الآخر أقلّ ٢٤٤
المستحبّ: الصلاة في أقلهما نجاسة؛ لأن ذاك أقرب إلى الأدب ٢٤٥
لو كان دم أحدهما قدر الرّبع، ودم الآخر أقل ٢٤٥
الربع له حكم الكل ٢٤٥
ولو كان في كل واحد منهما قدر الربع، وفي أحدهما أكثر، لكن لايبلغ ثلاثة أرباع الثوب ٢٤٥
ولو كان رُبع أحدهما طاهرا، والآخر مملوأ دماً ٢٤٥
العرى، لو وجد ثوبا رُبعه طاهر، فصلى عاريا، لايجوز. ٢٤٥
ولو وجد ثوبا مملوأ من الدم، أو الطاهر منه دون الرُّبع، يتخيّر عند أبي حنيفة وأبي يوسف ٢٤٥
ولو كان طرف أحدهما طاهرا، يمكنه أن يتّزر به، فإنه يتّزر به، ويصلي ٢٤٥
امرأة خرجت من البحر عريانة، ومعها ثوب، لو صلّت فيه قائمة، ينكشف شيئ من فخذها
ومن ساقها مايمنع الجواز، ولو صلت قاعدة لاينكشف ٢٤٦
ولو صلت قائمة لاينكشف منها شيئ، أو ينكشف شيئ يسير، أقلّ من رُبع الساق ٢٤٦
ولو كان الثوب يغطّى جسدَها، وربعَ رأسها، فتركت تغطية الرأس ٢٤٦
ولو كان يغطّى أقل من ربع، لايضرّها ترك التغطية ٢٤٧
وكذا لو انكشف ربع ساقها، تصلى قاعدة في قول أبي حنيفة ومحمد ٢٤٧
ولو انكشف من ساقها أقل من الربع، ولو جمع يكون ربع ساق واحد ٢٤٧
لو انكشف من عورتها شيئ، ومن بطنها شيئ، ومن ظهرها شيئ، ومن فخذها شيئ، ومن ساقها شيئ
وهى تَقدر على التغطية، فتركت ٢٤٧
جميع الأعضاء في حكم الانكشاف كعضو واحد ٢٤٧
التسوية بين العورة الغليظة والخفيفة في اعتبار الربع ٢٤٧
قال الكرخي: في العورة الغليظة يعتبر قدر الدرهم، وفي الخفيفة الربع؛ إظهارا للتفاوت بينهما،
كما في النجاسة الغليظة والخفيفة، وردّ قاضي خان عليه. ٢٤٨

كتاب الزكاة :

باب، تعجيل الزكاة ٢٤٩

الأصل فيه : أن يد الساعي في الصدقة الواجبة يد الفقراء، وفي النافلة يد المالك، ٢٤٩

وأصل آخر : أن نقصان النصاب في أثناء الحول لا يمنع وجوب الزكاة وانقطاع النصاب يمنع الوجوب ٢٥٠

رجل أدّى زكاة ماله بعد الحول إلى الساعي، فهلكت في يده قبل الصّرف إلى الفقراء ٢٥١

ولو أفرزها من ماله، ولم يدفع إلى الساعي، حتّى ضاعت ٢٥١

رجل مرّ على العاشر بمائتي درهم، وقال: لم يحُل عليها الحَول، وحلف على ذلك ٢٥١

وهذه فصول ثلاثة : إمّا أن حال الحول أو استفاد خمسة، وتمّ الحول أو انتقص ممّا في يده درهم أو أكثر ٢٥٢

أما إذا لم تزد ولم تنقص فإن كانت تلك الخمسة قائمة في يد الساعي ٢٥٢

يد الساعي في المقبوض قبل الوجوب يد المالك ٢٥٣

المعَدّ للزكاة لا يعتبر ضمارا، لأن الزكاة لا تجب في الضمار ٢٥٤

العُمالة إنما تكون في الواجب، لأن قبضه للواجب يكون للفقراء ٢٥٥

وإن كان الساعي صرَفها إلى الفقراء، أو صرَفها إلى نفسه وهو فقير ٢٥٥

ولو صرَف المالك بنفسه، يصير ملكا للفقراء، وينتقص به النصاب ٢٥٥

الوكيل بدفع الزكاة، إذا أدّى الموكّل بنفسه ثم أدى الوكيل يضمن علم بذلك أو لم يعلم ٢٥٦

الفصل الثاني : إذا استفاد المالك خمسة أخرى، فتمّ الحول، وعنده مائتا درهم ٢٥٧

الجواب عن إشكال ٢٥٧

الفصل الثالث : ٢٥٨

إذا انتقص عن ما في يده درهم، ففي هذا الفصل لاتجب الزكاة في الوجوه كلها ٢٥٨

العمالة إنما تكون في حق الفقراء، لا في حق المالك ٢٥٨

المقبوض قبل الوجوب حق المالك، لا حق الفقراء ٢٥٨

ولو عجّل عن مائتي درهم خمسة دراهم، ثم هلك النصاب إلا درهما ٢٥٩

وكذا لو كانت له مائتا درهم، لامالَ له غيرها، فجعل الكلّ عن الزكاة ٢٦٠

ولو استفاد ألف درهم قبل الحول ٢٦١

ولو استفاد ثمانية آلاف درهم قبل الحول، يصير كلّ المعجل زكاة ٢٦١

ولو عجّل من مائتين وأربعين درهما ستة دراهم، ولم يستفد شيئا، حتى تمّ الحول ٢٦٢
ولو استفاد ستة دراهم أخرى قبل الحول، صار جميع المعجل زكاة ٢٦٣
المعجل إنما يجعل زكاة من وقت التعجيل، إذا صار الكل زكاةً ٢٦٣
يد الساعي قبل الحول يد المالك ٢٦٣
رجل عجّل عن خمس وعشرين من الإبل بنت مخاض، ولم يستفد شيئًا حتى تم الحول ٢٦٤
في إمساك البعض وردّ البعض، ضَرر التشقيص والشركة، وذلك مدفوع. ٢٦٦
ولو عجّل شاة عن أربعين، فتصدق بها الساعي، فتمّ الحول، ولم يستفد شيئاً ٢٦٦
أصل هذا: الوكيل بأداء الزكاة إذا أدّى بعد أداء المالك، عندهما لايضمن عَلِم بأداء المؤكّل أو لم يعلم ٢٦٩
ولو نهاه عن التصدق بعد الحول، فتصدق، كان ضامنا ٢٦٩
ولو نهاه عن التصدق قبل الحول، لا يصحّ نهيه ٢٦٩
ولو ضاعت الزكاة المأخوذة من يد الساعي، بطلت عمالته ٢٦٩
ولو عجّل عن أربعين بقرة مُسنّة، وهلك من بقيّة النصاب واحدة، ولم يستفد شيئا ٢٦٩
مصدِّق عدّ البقرَ بعد الحول، فقال: هي أربعون، فأخذ مُسنة، ثم عدّها ثانيا، فإذا هي تسعة وثلاثون ٢٧٠
القاضي إذا أخطأ في قضائه بمال أو نفس، كان ضمان خطأه على من وقع القضاءَ له أو على بيت المال ٢٧١
إن كان الساعي تعمّد الأخذ، فضمان الفضل في ماله؛ لأنه متعمد، كالقاضى إذا تعمّد الجَورَ ٢٧١
ولو أمر رجلا أن يعتق عبده في كفّارة الظهار، أو اليمين، أو دفع مالا؛ ليكفِّر عنه ثم كفَّر الآمر بنفسه ٢٧٢
المتفاوضَان أمَر كل واحد منهما صاحبَه بأداء الزكاة عنه، وعن نفسه ٢٧٢

باب من زكاة الحَمَل وغيرها ٢٧٤

بنى الباب على أن نقصان السِّن، يمنع انعقاد الحول عند محمد، حتى لا تجب الزكاة في الحُمْلان، والفصلان، والعجاجيل ٢٧٤
كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا: يجب في الصغار ما يجب في الكبار ثم رجع إلى قول محمد ٢٧٤
نقصان العجف لا يمنع وجوب الزكاة، لكن يجب فيها ما يليق بحال النصاب؛ نظراً للجانبين ٢٧٥
إذا كان للرجل تسعة وثلاثون حملا، وشاة مسنة حال عليها الحول، يجب فيها مسنة عند الكل ٢٧٦
ولو هلك الحملان، وبقيت المسنة، يؤخذ قسطها ٢٧٧
رجل له خمس من الإبل أوساط، أو مرتفعات، أو فيها بنت مخاض وسط والباقي دون ذلك ٢٧٧

في إيجاب السمينة في العجاف، إجحاف بأرباب الأموال ٢٨٠
أدنى السّن الذي يتناوله اسم الإبل في الشرع بنت مخاض ٢٨٥
ما دون بنت مخاض لا يؤخذ في الدّية ٢٨٥
الزيادة على بنت المخاض عَفو في الزكاة ٢٨٥

باب زكاة الغنم العجاف والحملان ٢٨٦

بنى الباب على أصل مختلَف، وهو أن المال إذا اشتمل على النصاب والعَفو، وهلك منها شيئ بعد الحَول، عند أبي حنيفة وأبي يوسف صُرف الهلاك إلى العَفو ٢٨٦
وعند محمد وزفر الواجب متعلق بالكلّ، والهَلاك مَصروف إلى الكل ٢٨٦
متى اشتمل على النّصُب، وهلك منها شيئ بعد الحول ٢٨٧
وجه قول محمد و زفر ٢٨٧
وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن النصاب أصل، والعَفو تَبع، ٢٨٨
النصاب يوجد بدون العفو، والعفو على النصاب لا يوجد بدون النصاب ٢٨٨
صرف الهلاك إلى التبع أولى، كمَال المضاربة ٢٨٨
رجل له أربعون شاة عجافا، فإن كانت واحدة منهن تَعدل ثنية سمينة ٢٨٩
رجل له أربعون شاة، عشرون سمان أو أوسَاط، وعشرن عجاف ٢٩٠
رجل له خمسون بنت مخاض عجفا إلا واحدة سمينة، تَعدل خمسين درهما ٢٩١

باب من زكاة البقر والعَجَاجيل العجاف ٢٩٣

بنى الباب على ما تقدّم، أن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا تجب الزكاة في العَجَاجيل،
وأدنى السنّ الذي يتعلق به الزكاة في البقر تَبيع ٢٩٣
رجل ملَك ثلاثين تبيعا عجافا، وحال عليها الحول ٢٩٣
في النّصُب يصرف الهلاك إلى الكل عند أبي يوسف ٢٩٤

كتاب الأيمان ٢٩٥

باب اليمين بالعتق مايصدّق فيه المولى وما لايصدق ٢٩٥

مسائل الباب أقسام ثلاثة أحدها: أن يُوقع العتقَ بلفظ عام ويستثني البعض بصفة، ثم يدّعي وجود
تلك الصّفة في البعض وهو على وجهين: إن كانت الصفة أصليّة أو عارضَة ظاهرة، كان القول قوله ٢٩٥
وإن كانت الصفة عارضة خفية لايُقبل قوله؛ لأن ظاهر الإيجاب تناوله ٢٩٦
القسم الثاني: أن يكون الإيجاب مضافا إلى موصوف بصفة، بأن يكون المفرد بالصفة مقدّما
على لفظة الإيقاع، ثم ينكر ذلك الوصف في البعض ٢٩٦
والثالث: أن يكون الإيقاع معلّقا بنفي فعل، أو صفة ٢٩٦
منكر الشرط يكون منكراً للإيجاب ٢٩٧
أمّا القسم الأول: لو قال: كلّ جارية لي، فهي حُرّة، إلاأمهات أولادي ٢٩٧
الأصل في الحَوادث أنه إذا لم يعلم التاريخ، يجعل كأنّهما وُجدا معًا ٢٩٩
استثناء الكل لفظًا، لا حالاً وحكماً، باطل ٣٠٠
لو قال: نسائي طَوالق إلافلانة وفلانة، وفلانة، وليس له امرأة سواهنّ ٣٠٠
لو قال: أنت طالق أربعًا إلاثلاثا، صحّ الاستثناء، وتَقع واحدة ٣٠١
لو قال: كل جارية لي، فهي حُرّة، إلاجارية ثيّبا، ثم قال: هذه ثيّب ٣٠١
شهادة النساء لاتكون حجّةً على قول أبي حنيفة إلا إذا تأيّدت بمؤيّد كالحَبل الظاهر ٣٠٢
ربّ الطاحونة مع المستأجر، إذا اختلفا في جرَيان الماء وانقطاعه، يجعل الحال حكما ٣٠٣
الظاهر يَصلَح حجة للدفع، دون الاستحقاق ٣٠٣
لو قال: كلّ جارية لي، فهي حرّة، إلاجارية خبّازة، ثم قال: هذه خبّازة ٣٠٤
لو قال: كل جارية لي، فهي حرة، إلاجارية خُراسانية، ثم قال: هذه خراسانية ٣٠٤
الاستثناء تكلّمٌ بالباقي بعد الثنيا ٣٠٤
الجَواري أبكار حتى يُعلم غير ذلك، والجواري لم يلدن حتى يعلم أنهنّ قد وَلَدن ٣٠٥
لو قال: كلّ جارية لي، فهي حُرة إلاجارية هي بكر، ثم قال: هذه بكر ٣٠٥
الحال لايصلح حجةً للاستحقاق ٣٠٥
صاحب اليَد في الدار، لايستحق الشفعة بيده، ما لم يقم بالبينة على الملك ٣٠٦

مسلم مات، فجاءت امرأته مسلمة وقالت: كنتُ نصرانية وقد أسلمت قبل موته وقالت الورَثة: لا ٣٠٦
كافر مات، فجاءت امرأته مسلمة وقالت: أسلمت بعد موته، وقالت الورثة: بل أسلمت قبل موته ٣٠٦
وأما القسم الثاني: إذا قال: كل جارية لم تلد، فهي حُرة، أو قال: كل جارية لي غير خبّازة، فهي حرة، ثم قال: هذه خبّازة ٣٠٧
وكذا إذا قال: كل جارية لي لم أطأها البارحة، ثم قال: وطئتُ الكلّ ٣٠٧
وأما القسم الثالث: إذا قال: كّل جارية لي، فهي حرّة، إن كانت لم تلد منى ٣٠٧

باب اليمين التي تقع على بعض ما حلَف دون بعض ٣٠٩

في الباب فصلان: فصل في الشراء، وفصل في المَس ٣٠٩
الأصل فيه: أن اليمين يُحمَل على المتَعَارَف ٣٠٩
رجل حلف بطلاق، أو عتاق، أن لايشتري ذهَبا، أو فضّة، فاشترى الدنانير بالدراهم، أو اشترى الدراهم بالدنانير ٣١٠
شراء الدراهم والدنانير، لايسمى شراء الذهب والفضة في العُرف ٣١٠
من حلف لايشتري شَعرا، فاشترى جارية، لها ذوائب شَعر ٣١١
وكذا لو اشترى دارًا في سَقفها سَبائك ذهب أو فضة ٣١١
لو اشترى نُقرة فضة، أو سَبيكة ذهب، أو تبرا، أو قُلبا من ذهب أو فضة، أو طوقاً من ذهب أو فضة ٣١١
لو حلف لايشتري حَديدا، فاشترى درعا أو سيفا أو سكّينا أو سَاعدين، أو بيضة، أو إبراً، أو مسالا ٣١٢
لو اشترى درعا، أو نَصْل سيف، أو سكينا، حنث ٣١٢
ولو اشترى حديدا غير مَضروب، أو آنية، أو كانونا، أو مَسَامير حديد، أو قُفلا ٣١٢
ولو حلف: لايشتري صُفرا، فاشترى صفرا غير معمول، أو آنية ٣١٣
ولو حلف: لايشتري شَبَها، فاشترى آنية ٣١٣
ولو حلف: لايشتري خزّاً، فاشترى جلد خَز، أو شعر خز، أو ثوبا خالصًا من خز، أو ثوبا فيه خز ٣١٣
ولو حلف لايشتري قُطنا أو كتّانا، فاشترى ثوب قطن أو كتّان ٣١٤
ولو حلف لايشتري طيناً، فهذا على ما يسمى طينا ٣١٤
ولو حلف لايشتري صُوفا، فاشترى شاةً على ظَهرها صوف بدراهم، أو بصوف مجزوز ٣١٤
ولو حلف لايشتري لبَنا، فاشترى شاة في ضِرعها لبن ٣١٤

لو حلف : لايشتري رُطَبا، فاشترى كِباسَة بُسر، فيها رطب ٣١٥

حلف : لايشتري شعيرا، فاشترى حنطة فيها حبّات شعير ٣١٥

ولو حلف : لايشتري قصَبا، فاشترى تَوريا من قصب ٣١٥

وكذلك لو حلف : لايشتري شعرا، أو صوفا، فاشترى جُوالقا ٣١٥

باب من الأيمان التي يحلف ليجعلنّ من شيئ واحد شيئين فيكون أحدهما بعد صاحبه ٣١٧

بنى الباب على أن بقاء اسم الشيئ يدلّ على بقاء ذلك الشيئ، وزوال الاسم يدل على زواله ٣١٧

الأسامي جُعِلت أعلاما على المسمّيات، فزوال الاسم يدل على زوال المسمّى ٣١٧

رجل حلف : ليجعلن من هذا الثوب قَباء وسَراويل، فجعله قباء، ثم نقضه، فجعله سراويل ٣١٧

مَن حلف : لايلبس ثوبا، فلبس قباء، حنث ٣١٧

لو أشار إلى الكرباس، وحلف : لايلبَس هذا الثوب، فخاطه قباء، ولبسه ٣١٨

لو قال : عبده حر، إن لم يجعل من هذه الملحفة، أو من هذا الرداء قباء، وسَراويل ٣١٩

حلف ليقطعنّ من هذا الثوب قميصين، فقطع قميصًا، وخاطَه، ثم فتَقه، وخاطه مرّة أخرى ٣١٩

لو قال : لأقطعنّ منه قميصَين، فقطع قميصا، وخاطه، ثم فتَقه، ثم قطع قميصا آخر ٣١٩

ولو قال : ليخيطنّ من هذا الثوب قميصين، فقطع قميصا، وخاطَه، ثم فَتَقه ٣٢٠

ولو قال : عبده حر، إن لم يجعل هذه الدار بُستانا، وحمّاما، فجعلَها بستانا، ثم حمّاما ٣٢٠

ولو حلف ليجعلنّ من هذه الدار منزلا وحمّاما، فجعلَها منزلا ثم جعلها حماما ٣٢٠

رجل قال : إن اشتريت أنا وفلان عبدا، فعبدي حرّ، فاشترَياه معًا، أو أحدُهما بعد الآخر ٣٢١

باب من الأيمان التي يفترق فيها الملك وغير الملك ٣٢٢

في الباب فصلان : فصل : في إضافة الملك كالدار، والعبد، وغير ذلك. ٣٢٢

وفصل : في إضافة النسبة، كالزوج، والأخ، والصديق، وغير ذلك. ٣٢٢

وكل فصل على وجهين : إما أن جمَع بين الإضافة والإشارة، أو أفرد الإضافة عن الإشارة ٣٢٢

الأصل فيه : أنه متى جمَع بين الإضافة والإشارة في إضافة النسبة، تُعتبر الإشارة دون الإضافة ٣٢٢

أجمعوا على أن في إضافة الملك إذا وُجد الفعل بعد زوال الإضافة، لايحنث ٣٢٢

واختلفوا في فصل النسبة : قال أبو حنيفة وأبو يوسف، وقال محمد : يحنث ٣٢٣

رجل حلف: لايدخل دارَ فلان هذه، أو لا يكلّم عبد فلان هذا، أو لا يركب دابّة فلان هذه ٣٢٣
الإضافة للتعريف، والإشارة كذلك، والإشارة أبلغ ٣٢٣
لو حلف: لايأكل هذا الرّطب، فأكل بعد ما صار تمرا ٣٢٤
بخلاف ما إذا حلف: لايكلّم هذا الصبيّ، فكلّمه بعد ما شاخ ٣٢٤
وإن أفرد الإضافة عن الإشارة، بأن قال: لا أكلّم عبد فلان، لا أركب دابّة فلان، لا أسكن دار فلان ٣٢٦
أفرد الإضافة عن الإشارة، فالمسألة على وجوه: ٣٢٦
إن دخل دارا كانت في ملكه وقت اليمين، و وقت الدخول ٣٢٦
وإن دخل دارا كانت في ملكه وقت اليمين، وهي ليست في ملكه وقت الدخول ٣٢٦
وإن دخل دارا اشتراها فلان بعد اليمين ٣٢٧
ولو قال: لا أدخل دارًا لفلان، اختلفت الروايات فيه عن أبي يوسف ٣٢٧
ولو قال: لاأكلّم زوج فلانة، أو زوجة فلان، أو صديق فلان، أو أخ فلان ٣٢٧
الفصل الثاني: وهو أن جمع بين الإضافة والإشارة ٣٢٧
رجل حلف لايكلم إخوة فلان، وهم عشرة، أو بني فلان، أو نساء فلان، لايحنث ما لم يكلّم الكل ٣٢٧
ولو حلف لايكلم عبيد فلان، وهم عشرة، أو لايركب دوابّ فلان، فكلّم ثلاثا منهم أو ركب الثلاث ٣٢٨
إن أفرد الإضافةَ عن الإشارة في هذا الفصل، فقال: لا أكلّم صديق فلان ٣٢٨
الحر يُقصد بالهجران لعينه، فكانت الإضافة بمنزلة الإشارة ٣٢٨
وإن حلف: لايكلم صاحب هذا الطّيْلَسَان، فكلّمه بعد ما باع ٣٢٩
لأن الإنسان لايمتنع عن كلام صاحب الطيلسان، لأجل الطيلسان ٣٢٩

باب اليمين التي تكون على ما في الملك ثم تبطل ٣٣٠

بنى الباب على أن المطلَق لايُقَيّد إلابدليل، ودليل التقييد، قد يكون صريحا، وقد يكون دلالةً ٣٣٠
رجل حلف بعتق عبده أن لا تَخرج امرأته من هذه الدار، فأبانها، وانقضت عدّتها، ثم خرجت ٣٣٠
الإضافة في الأحرار بمنزلة الإشارة. ٣٣١
لو قال: عبده حرّ إن كلّمتُ امرأة فلان هذه، فكلّمها بعد ما بانت، وانقضت عدّتها ٣٣١
وكذا إذا قال: إن قبّلتُ امرأتي فلانةَ، فعبدي حر، فقبّلها بعد ما بانت ٣٣٣
ولو حلف: لاتخرج امرأته هذه من هذه الدار إلا بإذنه، فخرجت بعد ما بانت ٣٣٣

وكذا لو حلف رجل: لايخرج من البلدة إلا بإذن السلطان، أو بإذن غريم له، أو بإذن كفيل كفل بنفسه ٣٣٣
لو حلّف السلطانُ رجلاً: ليرفعنّ إليه كلّ داعرٍ يعرفه في البلد فيما يستقبل، فعرَف داعراً ولم يرفع إليه ٣٣٤
ولو حلف رجل: لايَخرج من البلد إلا بإذن فلان، أو بعلم فلان، أو بأمر فلان، أو بمشورته ٣٣٦
أصل هذا ما إذا حلف: ليشربنّ الماء الذي في هذا الكوز اليوم، فأهرَقه ٣٣٦

باب ما يقع به الحنث في اليمين أن لاينكح ولايطلّق ولايعتق ٣٣٨

بنى الباب على أن شرط الحنث، ما يعقب اليمين، لاما يَسْبقها ٣٣٨
المقصود من اليمين منع النفسِ عن المحلوف عليه ٣٣٨
الامتناع إنما يُتصوّر عمّا يوجد، لا عن الماضي ٣٣٨
لو قال: إن دخلتِ الدار، فأنتِ طالق، وقد دخلت الدارَ قبل اليمين ٣٣٨
تعريف الطلاق: "التطليق": هو التلفظ بلفظ يقع به الطلاق ٣٣٨
رجل قال لعبده: إن دخلتَ الدارَ، فأنت حر، أوقال لامرأته: إن دخلتِ الدار، فأنتِ طالق،
ثم حلف: أن لايعتق عبده، ولايطلّق امرأته ٣٣٩
شرط الحنث التطليق والإعتاق بعد اليمين بكلام يمكنه الامتناع عنه؛ ٣٣٩
كمن جرح إنسانا، ثم حلف أن لايقتل فلانا، فمات من ذلك الجرح ٣٣٩
الحكمة لايراعى وجودُها في كل فصل ٣٤٠
لو حلف: لايعتق ولايطلّق، ثم علّق الطلاق و العتاق بدخول المرأة ٣٤٠
لو قال لعبده: أعتق نفسَك، أو قال لامرأته: طلّقي نفسكِ، ثم حلف لايطلق، أو لايعتق ٣٤٠
الإضافة تستدعي وجود الإيقاع منهما، والتفويض لايَصلح إيقاعاً ٣٤١
لو قال: أعتق نفسكَ إن شئتَ، أو قال لها: طلّقي نفسكِ إن شئتِ، ثمّ حلف: لايطلّق ٣٤١
وكذا لو قال لامرأته: أمركِ بيدكِ في الطلاق ٣٤١
ولو قال لها: أنتِ طالق إن شئت، ثم حلف أن لايطلق، ٣٤٢
لو وكّل رجلا بالطلاق أو العتاق أو بالنكاح، ثم حلف: لايطلق ولايعتق ولايتزوج ٣٤٢
لو وكّل رجلا بأن يبنيَ داره أو يُنفق في بناء داره أو في مرمّتها ثم حلف أن لايبني أو لاينفق في بناء داره ٣٤٣
لو وكّل رجلا بالبيع، أو بالشراء، ثم حلف أن لايبيع، أو لايشتري ٣٤٣
الوكيل بالبيع والشراء أصيل في الحقوق، ولهذا كانت العُهدة ترجع إليه، لا إلى الموكل ٣٤٣

ولو حلف أن لايتزوج أو حلفت المرأة أن لاتتزوّج، وقد كان زوّج أحدهما فضوليّ، فأجاز بعد اليمين ٣٤٣
الإجازة ليست بتزوّج حتى لايراعى لها شرائط العقد من الشهود، والولي ٣٤٣
من حلف أن لايتزوج، فأجاز نكاح الفضوليّ بعد اليمين، لايحنث ٣٤٤
البكر إذ حلفت أن لاتتزوّج نفسها، فزوّجها الوليّ، فسكتَت ٣٤٧
القول من جنس العقد، من حيث أن العقد قول، أمّا الفعل لايُجانس العقد، بل يخالفه ٣٤٧
إذا شهد شاهدان على رجل أنه قال لعبده: إن دخلت الدار، فأنت حرّ، وشهد شاهدان بالدخول ٣٤٧
الحكم لايضاف إلى الشرط ٣٤٨
لو قال لعبده: أعتق نفسكَ، إن شئتَ، ثم شهد شاهدان أنه أعتق نفسه ٣٤٨

باب من الأيمان التي تكون فيها الغاية والتي لاتكون فيها غاية ٣٤٩

الأصل فيه أن كلمة «حتى» تُستعمل للغاية، لكن من شرط حَملها على الغاية أن يكون المعقود عليه فعلا يمتدّ ٣٤٩
ما دخلت عليه كلمة «حتى» يصلح غاية ٣٤٩
غاية الشيء ما ينتهي به ذلك الشيء ٣٥٠
"قد" تستعمل للجزاء بمعنى لام كَي، لكن من شرط حمله على الجزاء أن يدخل بين فعلين، أحدهما منه، والآخر من غيره ٣٥٠
من حكم الغاية، أن يشترط للبرّ وجودُ ما هو غاية ٣٥١
ومن حكم الجزاء أن يشترط للبر وجودُ ما هو سبب، ولايشترط وجود الجزاء ٣٥١
ومن حكم العطف أن يشترط للبر وجودهما ٣٥١
رجل قال لغريمه: إن لم ألازمك حتى تقضيني حقّي، فامتنع عن الملازمة ٣٥١
وكذا إذا قال: إن لم أضربك حتى يدخل الليل، أو حتى ينهاني، أو حتى يشفع فلان ٣٥٢
ولو قال: إن لم أُخبر فلانا بماصَنعت حتى يضربك، فعبدي حر ٣٥٣
وكذا لو قال: إن لم آتك حتى تُغَدّيني اليوم، أو قال: إن لم تأتني حتى أغدّيك اليوم ٣٥٣
وكذا إذا قال: إن لم أضربك حتى تضربني ٣٥٣
ولو قال: إن لم آتِك اليوم حتى أتغدّى عندك، أو إن لم تأتِني اليوم، حتى تتغدّى عندي ٣٥٣

أبواب المجلد الثاني

بقية أبواب الأيمان

١٩- باب الإيماء والإشارة في اليمين ما كان إظهارا أو إفشاءً و ما لم يكن	٣٥٦
٢٠- باب ما يجب فيه الإطعام مكان الصيام و ما لا يجب	٣٦٦
كتاب النكاح	٣٧٩
٢١- باب العتق والتزويج والعفو عن دم العمد	٣٧٩
٢٢- باب من نكاح الأمة التى يتزوّج عليها ولايفسد النكاح حتى ترجع إليه الجارية أو بعضها	٤٠٠
٢٣- باب إتيان المرأة في غير الفرج	٤١١
٢٤- باب المكاتب تملكه امرأته	٤١٩
كتاب الطلاق	٤٢٦
٢٥- باب من المشيئة والمحبّة والإرادة	٤٢٦
٢٦- باب الطلاق الذي يقع على واحدة بغير عينها ثم يكون عليها بعينها	

والعتاق في ذلك ٤٣٤

٢٧- باب الطلاق الذي يقع في الأوقات المتفرقة ٤٥٣

٢٨- باب الرجل يطلّق بعض نسائه ولايَنويها بعينها فتحرم عليه برضاع أو غيره ٤٦١

٢٩- باب الخلع بالمال، والعتق، والبيع، والإجارة يجب بمحضر من صاحبه، ويبطل إذا كانا متفرقين ٤٦٩

٣٠- باب المهور التي تجب للنساء والميراث ٤٧٩

٣١- باب من الحيض الذي تصدّق فيه المرأة، أو تكذّب على الطلاق والعتاق المعلّق به ٥١١

٣٢- باب تزويج المرأة على المرأة أو قبلها أو بعدها أو معها ٥٣٣

٣٣- باب ما يطلق الرجل من نسائه بغير عينها، ثم بيّن في المرض ترث أو لاترث، وما يستدل عليه بوضع الحمل ٥٣٩

٣٤- باب ما يستدلّ به على الطلاق وما لايستدلّ ٥٦١

٣٥- باب من الطلاق الذي يلحقه الاستثناء ٥٨٢

٣٦- باب في الوقتين يقع فيهما الطلاق والفعلين ٥٨٧

كتاب العتاق ٥٩٩

٣٧- باب من العبدين يعتق أحدهما على مال، أو يعتق كل واحد منهما على مال ٥٩٩

٣٨- باب العبيد الذين يعتق المولى بعضهم، ثم يعيد العتق على من يعتق أو على غيره ٦١٥

٣٩- باب من العتق والتدبير ما يقع منه، وما لايقع لأنه صادق فيه ٦٢٨

٤٠- باب العتق على مال والكتابة ٦٤٣

٤١- باب مما يعتق أو يكاتب أو يخلع فيكون جائزا على العبد ٦٥٢

كتاب البيوع ٦٧٨

٤٢- باب من البيع الذي يرجع فيه بالثمن وما لايرجع إذا استحقّ المبيع ٦٧٨

٤٣- باب ما يقر به المشتري فيرجع بالثمن على من باعه بالبينة أو الإقرار ٦٩٢

٤٤- باب ما يقضي به القاضي فينقض الشراء ثم يردّ قضاءه، ومالايردّ من ذلك ٧٠٨

٤٥- باب العبد يشتريه واحد بعد واحد ثم يستحق أو يوجد حرا أو مدبرا ٧٢٣

٤٦- باب من بيع علو المنزل ثم ينهدم أو يستحق أو يؤخذ بالشفعة ٧٢٨

٤٧- باب بيع الوالد على ولده الصغير، وبيع الوصيّ على الصغير ٧٣٦

٤٨- باب الأمر بالبيع والشراء بشرط الخيار ٧٤٥

٤٩- باب ما يكون قصاصا في الصرف والسلم ومالايكون ٧٥٦

٥٠- باب الزيادة في البيع ٧٦٢

أبواب المجلد الثالث

بقية أبواب البيوع :

٥١-باب ما يكره من التفريق بين الرقيقين في البيع ٧٧٣

٥٢- باب من البيع الذى يرجع فيه إلى صاحبه ما اشترى والثمن ويكون فيه بالخيار ٧٨٠

٥٣- باب من البيع والشراء فيما إذا كان المبيع معيبا فيزول عيبه قبل القبض أو بعده ٧٩٩

٥٤- باب الهبة للعبد المبتع قبل القبض وبعده وفي الرهن والهبة في المرض والوصية ٨٠٩

٥٥- باب العبد يشترى بأقل ممّا بيع به ما يجوز من ذلك وما لا يجوز ٨٣٩

٥٦- باب من البيع الذي يقع فيه الاختلاف بين البائع والمشتري
وكل واحد منهما يدّعي العتق على صاحبه ٨٥٧

٥٧- باب من البيوع التي يكون فيها الشروط ولا يوفي بها ٨٩١

٥٨- باب من البراءة في العيوب والشروط في البيوع والخيار فيه ٩٠٢

٥٩- باب ما يجوز من الشيئين يباعان أو يستأجران فيرضى بأحدهما ولايرضى بالآخر
وما يكون من ذلك في النكاح، والخلع، والصلح، والكتابة وغير ذلك ٩١٣
٦٠- باب ما يقدر على الردّ بالعيب وما لايقدر في بيع المكاتب والمأذون ٩٣٢
٦١- باب ما يشتري الوكيل والمضارب والشريك والمفاوض والعبد المأذون والوصيّ
والأب على ولده الصغير والمكاتب من ذي الرحم المحرم فيجوز أو لايجوز ٩٤٨
٦٢- باب من البيع الذي يُباع بغير إذن صاحبه ثم يجحده صاحبه،
أو أقرّ به البائع أو يوهب له ٩٥٩
٦٣- باب من الوصايا التي تبطل ويفسخ فيها البيع والهبة، ثم يردّ ذلك
إذا خرج للميت مال وما لايردّ ٩٧٠
٦٤- باب ما يساوم به الرجل أو يشتري أو يشهد به فيقضي بشهادته أو لايقضي
ثم ادّعاه لنفسه أو لغيره ٩٨٦
٦٥- باب من البيع الذي فيه الخيار الذي يلزم به بعض المبيع ٩٩٩
٦٦- باب النصرانيّ يُسلِم وله خمر فيأمر نصرانيّا ببيعها، ما يجوز من ذلك
وما لايجوز ١٠١٠
كتاب الشفعة ١٠١٩
٦٧- باب الشفعة التي تكون بمنزلة الاستحقاق وغير ذلك ١٠١٩
٦٨- باب العهدة في الشفعة على من تكون ١٠٣٠
٦٩- باب في الشفعة التي يأخذها كلّها والتي لايأخذها والصرف والثمر بالثمر ١٠٣٥

كتاب الرهن ١٠٥٦
٧٠- باب من الزيادة في الرهن يزيده الراهن ١٠٥٦
٧١- باب من الرهن الذي يكذّب الراهن أن يكون رهنه ويكذّب العَدل المأمور بالبيع ١٠٧٢
٧٢- باب من الزيادة في الرهن وقد قضاه بعض المال أو نقص الرهن بعَور أو نحوه ١٠٧٨
٧٣- باب من الرهن في المكيل والموزون والصرف ١٠٨٨
٧٤- باب من الرهن ينتقص في السعر أو في البدن ١١١١
٧٥- باب الرهن الذي يكون فيه استهلاك الزيادة ١١١٧
٧٦- باب من الرهن الذي يكلّف صاحبه لإحضاره حتى يعطي ماله والذي لايكلّف ١١٢١
٧٧- باب من الرهن الذي يكون له أن يقبض البعض دون البعض ١١٣٢

أبواب المجلد الرابع

كتاب الهبة : ١١٤٢

٧٨- باب من الهبة التي تجوز بالقبض والتخلية بينها وبين الموهوب له ومالاتجوز ١١٤٢

٧٩- باب من الهبة التي يرجع فيها في الأضحية والهدي الواجب وغيره ١١٥٨

كتاب الوكالة : ١١٨١

٨٠- باب الوكالة التي تبطل في الواحد وتجوز في الجماعة والبضاعة والنفقة ١١٨١

٨١- باب من الوكالة التى يعطيها صاحبها على التصديق أو على التكذيب
أو بغير تصديق ولا تكذيب وما يضمن من ذلك، ومالا يضمن ١٢٠١

٨٢- باب الوكالة بالشيء يكون على غير ما أمر به أيجوز أو لايجوز ١٢٢٠

٨٣- باب من الكتابة على العبد والعتق على ذلك والوكالة فيه والنكاح والخلع
والبيع والإجارة ١٢٣٧

٨٤- باب المضاربة تنفسخ بالفداء والثمن ولاتنفسخ بالنفقة والجعل ١٢٤٧

كتاب الشهادات : ١٢٥٣

٨٥- باب من الوارث الذي يقضي له القاضي ولايعلم سببه ولامايشهد به الشهود ١٢٥٣

٨٦- باب في شهادة الوصيّ والوكيل قبل الخصومة وبعدها ١٢٦٦

٨٧- باب من الشهادة التي تجوز في الوصية بعد الموت، والدّين قبل القضاء،
وما لاتجوز بعد القضاء ١٢٨٢

أبواب المجلد الخامس

كتاب الوصايا : ١٥٢٦

١٠٥ - باب الولد يدّعيه الرجلان ما يجوز لأحدهما عليه وما لا يجوز من البيع والشراء وغيره ١٥٢٦

١٠٦ - باب ما يجوز من وصيّة المسلم والذمّي والكافر وما يتقرب به إلى الله تعالى وما لا يجوز ١٥٤٣

١٠٧ - باب من الكفارات في الحج إذا حج الرجل عن الرجل ١٥٥٧

١٠٨ - باب من الوصايا بالبيع والثلث مع ذلك والرقبة ١٥٦٦

١٠٩ - باب الوصية التي تكون لواحد ثم تصير لإثنين أو تصير وصيتين ١٥٨٢

١١٠ - باب الوصية لذوي الأرحام وأهل البيت والأصهار والأختان والجيران ١٥٩٦

١١١ - باب الوصية بمثل نصيب أحد الورثة إلا ثلث ما يبقى من الثلث ١٦١٨

١١٢ - باب الوصية تكون لواحد وقد سمّى معه غيره وما يكون له نصفها ١٦٤٥

١١٣ - باب من الوصايا التي تتغيّر عما أوصى بها ١٦٥٦

١١٤ - باب من الوصايا التي تقع للموصى له بعد غيره من الوصايا

وما يصدق فيه وما لا يصدق ١٦٦٤

١١٥- باب الوصايا بمثل نصيب ابنه إلا مثل نصيب ابن آخر أو إلا نصيب ابن آخر لو كان ١٦٧٨

١١٦- باب من الوصايا التي يوصى بها لبعض الورثة فتجوز بغير إجازة ولقاتل أو غيره ١٧٤٧

١١٧- باب الوصية بنصيب ابن لو كان، أو بمثل نصيب ابن فيجيز الورثة أولا يجيزون أو يجيزها بعضهم ١٧٧٦

١١٨- باب الوصية بالخدمة والغلة والولد وما يكون رجوعا وما لا يكون ١٧٩٠

كتاب الكفالة : ١٧٩٨

١١٩- باب الكفالة والحوالة والرهن فيها من المتطوع وغير ذلك ١٧٩٨

١٢٠- باب من قضاء الدين الذي يكون من المال كله أو من بعضه ١٨٠٩

١٢١- باب فيما يرجع المحتال عليه و فيما لا يرجع وفيما يبطل عن المحتال عليه وفيما لا يبطل ١٨١٦

١٢٢- باب من الكفالة التي تتحوّل إلى القيمة أو تبقى على الكفيل أو المكفول عنه بغير قيمة من الخمر وغيرها ١٨٤٩

أبواب المجلد السادس

بقية أبواب الكفالة:

١٢٣- باب الكفالة التي تكفل بها الرجل عن صاحبه ثم تكفل بعد ذلك كل واحد منهما عن صاحبه ١٨٧٢

١٢٤- باب من الحوالة التي تحتال بها على الكفيل أو على الأصيل ١٨٨٥

كتاب المأذون: ١٨٩٩

١٢٥- باب ما يكون على الميت من الدين وله عبد وعلى عبده دين للوارث أو للموصى له ١٨٩٩

١٢٦- باب العبد المأذون له في التجارة إذا اشترى لغيره ولحقه دين ١٩١٦

١٢٧- باب الرجل يأذن لعبده في التجارة في مرض موته ويقرّ بالدين ١٩٣١

كتاب المكاتَب: ١٩٣٩

١٢٨- باب ما يجوز فيه أمر المكاتب والذمي والعبد على الولد الصغير في ماله ١٩٣٩

١٢٩- باب دعوة المكاتبين الولد وإعتاق المكاتبة المشتركة وتدبير ها واستيلادها وكتابة العبد المشترك ١٩٥٣

١٣٠- باب من الدعوة في المكاتبة للولد أمة المكاتب وفي ولد مكاتبه قبل عتق المكاتب أو بعده ١٩٨١

١٣١- باب الإقرار بالرق لمكاتبة المكاتب وغير ذلك ١٩٩٨

١٣٢- باب عدة امرأة المكاتب وأم ولده ٢٠٠٥

كتاب السير : ٢٠١١

١٣٣ - باب ما يصدق فيه الأسير أنه مسلم أو ذمي وما لا يصدق ٢٠١١

١٣٤ - باب من السير مما يغلب عليه المشركون من أرض المسلمين ثم يظهر عليهم المسلمون ٢٠٢٢

١٣٥ - باب النزول على الحكم ٢٠٥٩

١٣٦ - باب ما استهلك من الغنائم ٢٠٧٣

١٣٧ - باب ما يحرزه العدوّ فيصير للمسلمين بشراءٍ جائز أو فاسد وما لا يجري فيه الإحراز ٢٠٨٨

١٣٨ - باب السبايا من أهل الحرب ما يصدق فيه وما لا يصدق ٢٠٩٩

كتاب الصيد : ٢١١٦

١٣٩ - باب من الصيد الذي يغرم الثاني من الراميين والمرسلين القيمةَ كلها من جنايته وجناية غيره ولا يغرم وما يحلّ من ذلك وما لايحل ٢١١٦

١٤٠ - باب من الصيد الذي يحل أكله إذا رمى فأصاب الرمية غيرَها أو أعان على الرمية غيرها ٢١٤١